

SECRETOS DE ESTADO, NACIÓN Y PODER JUDICIAL

**Un supuesto sobre el control de
los actos del Gobierno**

SALVADOR SOTO LOSTAL

*Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado
Doctor en Derecho*

Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Constitucional



“Hay secretos, silenciosos y pétreos, sentados en los oscuros palacios de nuestros dos corazones: secretos fatigados de su tiranía: tiranos deseosos de ser destronados”.

“Ulyses”. James Joyce

“El secreto, sabes, es uno de los mayores enemigos políticos. Mira a México, mira a Colombia, mira a Europa o los USA. Asesinatos, negocios turbulentos, narcotráfico, información confidencial. Todo une a los enemigos”.

“La silla del Águila”. Carlos Fuentes

“Entonces escribí a las Fuerzas aéreas, pidiendo detalles sobre el bombardeo de Dresde, quién lo ordenó, cuántos aviones tomaron parte en el mismo, por qué lo hicieron, qué objetivos buscados se habían conseguido, cosas así. Me contestó un hombre que, como yo, trabajaba en relaciones públicas, diciendo que lo sentía mucho, pero que la información continuaba siendo alto secreto.

Leí la carta a mi esposa en voz alta y dije:

-¿Secreto? Dios mío, ¿de quién?”.

“Matadero 5”. Kurt Vonnegut

ÍNDICE	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN.....	10
 <i>Capítulo I</i>	
CONCEPTO DE SECRETO DE ESTADO VERSUS SECRETOS OFICIALES. TIPOS DE SECRETOS. LA PROTECCIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO FRENTE A LA DEL “ESTADO APARATO”.....	45
1.- El secreto: Diversidad de acepciones.....	45
2.- El Estado y sus elementos integrantes	49
3.- El secreto de Estado y sus variantes.....	52
4.- El secreto de Estado español entre el secreto de carácter legal-formal y el material; Preferencia por el concepto de “secreto de Estado” frente al de “secreto oficial”; Una propuesta de definición propia.....	61
5.- La protección del Estado como fin: ¿Estado-aparato, Estado-comunidad o Estado–ordenamiento? Preferencia por el concepto integrador de “Estado-ordenamiento” en su acepción de Estado de derecho, democrático y social...	64
6.- Secreto de Estado como decisión discrecional del Gobierno en función de la posible afectación a los conceptos jurídicos indeterminados de seguridad del Estado y la defensa nacional.....	67
 <i>Capítulo II</i>	
HITOS HISTÓRICOS EN LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DE LOS SECRETOS DE ESTADO Y DE LOS ACTOS POLÍTICOS DEL GOBIERNO: DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SECRETOS A LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL SECRETO.....	70
1.- Tratados Internacionales: primeros objetivos del secreto.....	70
2.- Antecedentes históricos en la evolución del control de los actos políticos en la jurisdicción contencioso-administrativa. De los actos políticos o de Gobierno a los Actos del Gobierno.....	75
3.- Evolución en las Constituciones españolas y otras Leyes: Inderogabilidad inicial de los artículos públicos de un Tratado Internacional por los de carácter secreto y posterior carácter no vinculante de los Tratados Internacionales secretos. La seguridad del Estado como causa de suspensión de derechos fundamentales. Primeras atribuciones competenciales de clasificación al Poder Ejecutivo: El Rey por vía indirecta con la atribución de materias susceptibles de clasificación.....	77
4.- Códigos Penales: de la separación entre delitos contra la seguridad interior y exterior a los delitos de traición y delitos contra el Estado.....	90
5.- La apertura de España al exterior. Internacionalización de los secretos condicionada por Tratados y organizaciones internacionales.....	93
 <i>Capítulo III</i>	
RAZÓN DE LA EXISTENCIA DE ESTADO. ¿SERVICIOS SECRETOS AUTONÓMICOS Y LOCALES?: SEGURIDAD DEL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL	

COMO VARIANTE A LAS ACTUACIONES DEL GOBIERNO EN EL EJERCICIO DE COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES NO SUJETAS A DERECHO ADMINISTRATIVO.....	97
1.- El Estado concebido como Gobierno Central.....	97
2.- La “seguridad del Estado” o “seguridad pública” (exterior e interior) frente a la “ciudadana” y el mantenimiento del “orden público” de las policías autonómica y local. Diferentes bienes jurídicos objeto de protección; El caso de la Policía Autónoma Vasca (ex. Art. 106.1 EAPV); Inviabilidad de los Servicios de Inteligencia autonómicos y locales.....	102
3.-Inadmisibilidad de la clasificación autonómica y local de documentos por razones de seguridad estatal y/o defensa nacional.....	109
4.- Los casos paradigmáticos del CESID a nivel estatal y de los ERES en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Materias clasificadas frente a la reserva de los actos del Gobierno.....	111
5.- Los arts.105.b) CE y 37.5.b) LRJPAC relativos a “la información sobre la Defensa nacional o la Seguridad del Estado” frente al art. 37.5.a) LRJPAC regulador de “la información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo”.....	116
6.- Al igual que el secreto, la seguridad también es un concepto que se internacionaliza: la pérdida de protagonismo de los Estados en la gestión de las crisis fruto de la globalización y la hegemonía Norteamericana. Nuevos factores de inseguridad: crisis financieras y nuevas tecnologías....	118

Capítulo IV

DISTINCIÓN CON LOS SECRETOS “PRIVADOS” O POR RAZONES DE INTERÉS PRIVADO. POSIBLES DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS POR LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA CAPTACIÓN DE INFORMACIÓN O POR EL MANTENIMIENTO DE ÉSTA EN SECRETO.....	123
1.- El derecho a la intimidad: doble protección frente a las intromisión de los poderes públicos y frente a la de otros particulares; “Sigilo” de los particulares o de la Administración por razones privadas y de la Administración por razones públicas o de interés general.....	123
2.- La intimidad como derecho fundamental frente al bien jurídico de la seguridad del Estado. Ponderación caso por caso ante el posible conflicto. La posible limitación de derechos fundamentales en determinadas condiciones. Suspensión de derechos fundamentales y el art. 55 CE. Propuesta de la admisibilidad del secreto únicamente como una de las consecuencias o medidas de los estados excepcionales de sitio y excepción. Conveniencia de la aplicación de su régimen jurídico a la actividad clasificatoria del Estado	128
3.-Intromisión de los poderes públicos y la posible vulneración o suspensión de los derechos de los arts. 15, 16, 17, 18, 19 y 20.1 a) y d) CE.....	141
4.- La actitud “defensiva” de los poderes públicos frente a intromisión de	

terceros y la posible afectación de los derechos de los arts. 20.1.a) y d), 23, 24 y 105.b) CE.....	161
--	-----

Capítulo V

EL ELEMENTO MATERIAL Y TELEOLÓGICO: MATERIAS RELACIONADAS O QUE PUEDAN DAÑAR O PONER EN RIESGO LA SEGURIDAD DEL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL. LA CLASIFICACIÓN “POR NATURALEZA”.....	191
---	------------

1.- El elemento material como legitimador de la actividad clasificatoria y condicionante del control judicial; ¿Defensa nacional y/o seguridad del Estado?; Ámbitos diferentes según los artículos 8 y 104 CE. Referencias jurídicas. La afectación potencial o el riesgo circunscritos a la seguridad como actividad preventiva y a la clasificación de la información como “reservada” frente al daño efectivo vinculado a la defensa como actividad reactiva y a la clasificación de la información como “secreta”	191
2.- La Defensa nacional: La Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio por la que se regulan los criterios básicos para la Defensa nacional y la Organización Militar. La Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre de la Defensa nacional. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 y el Acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2010. Vinculación con el estado de sitio.....	197
3.-La Seguridad del Estado: Inexistencia de regulación jurídica expresa. Regulación “fraccionada” según la materia: Seguridad ciudadana, seguridad privada y Fuerzas y Cuerpos de seguridad. Vinculación con el estado de excepción.....	205
4.- Los instrumentos para el mantenimiento de la defensa y la seguridad confluyen en el fin; Daño, amenaza o riesgo real y efectivo frente a su mera hipótesis o probabilidad.....	211
5.- El precedente judicial o histórico así como la valoración judicial de pruebas, indicios o circunstancias como posible solución a la indeterminación de los conceptos	215

Capítulo VI

CLASIFICACION POR LEY. ESPECIAL REFERENCIA A LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA Y LOS GASTOS RESERVADOS.....	218
--	------------

1.- Materias “clasificadas” por su naturaleza como “secreto” o “reservadas” por el Ejecutivo frente a las “calificadas” por el Legislativo como “secretas” mediante Ley.....	218
2.- Propuesta de que el Gobierno clasifique las materias que ponen en riesgo efectivo la seguridad como “reservadas” previa autorización del Congreso y que éste último sea el que clasifique como “secreto” las materias o asuntos que supongan una agresión a la defensa; Control judicial del acto de valoración del Ejecutivo frente al control de una Ley. Posible inconstitucionalidad de la Ley si no responde a la protección de la seguridad del Estado o la defensa nacional.....	221
3.- Ejemplos representativos, especialmente en la Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los Créditos destinados a Gastos Reservados y la Ley 11/2001, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.....	226

Capítulo VII

ELEMENTO SUBJETIVO: CLASIFICACIÓN POR EL EJECUTIVO. REQUISITO PARA CONSIDERAR LOS ACTOS CLASIFICATORIOS Y DESCLASIFICATORIOS COMO ACTOS POLÍTICOS O DE DIRECCIÓN POLÍTICA DEL GOBIERNO.....	230
---	-----

1.- Actos “del Gobierno”: solo los que emanan del Consejo de Ministros y no de la JUJEM. ¿Los Actos “del Gobierno” son también actos “de Gobierno” o de “dirección política”? Criterios del TS.; Atribución genérica de la competencia por el art. 97 CE en el ámbito clasificatorio; ¿Qué entendemos por “Gobierno”: Legislación sectorial. Descoordinación competencial entre la Ley del Gobierno (Presidente y Ministro de Defensa) con la Ley de Secretos Oficiales (Consejo de Ministros) en las materias de defensa, militar y de dirección de la política exterior e interior.....	230
2.- Otras razones por las que la doctrina rechaza la condición de acto “político” o de “dirección política”: estructura del acto clasificatorio, existencia de un deber objetivo de clasificación y el carácter instrumental de la clasificación respecto de actividades administrativas regladas. Razones que se aportan en función de los arts. 92 CE, 94.1.b) y c) CE, 37.5.a) y 37.6.b) LRJPAC y 2.a) LJCA, así como el sometimiento de la clasificación a cláusulas de condición y término.....	237
3.-Teoría de los actos políticos y de los actos separables. Control: Posible afectación a los derechos fundamentales y requisito de la motivación de los actos de Gobierno.....	243
4.- Recapitulación: Tipos de actos del Gobierno y su control.....	252

Capítulo VIII

LA ACTIVIDAD CLASIFICATORIA Y DESCLASIFICATORIA: ACTOS SINGULARES O EJECUTIVOS VERSUS ACTOS DE DIRECCIÓN POLÍTICA DEL GOBIERNO.....	258
---	-----

1.- Opción o decisión libre frente a la impuesta por la norma; “Conceptos judicialmente asequibles” y conceptos jurídicamente indeterminados; Discrecionalidad técnica e interpretativa sobre estos últimos; El caso del art. 37 LRJPAC.....	258
2.- Criterios del Tribunal Supremo. Asignación directa o indirecta de competencias por la Constitución. Teoría de los “actos separables” y control de los actos reglados.....	262
3.- La reforma de la LJCA de 1998 y la posibilidad definitiva de control judicial de los actos de dirección política; Interpretación restrictiva de la jurisprudencia sobre el acto político y de los límites del derecho de acceso a la información. El principio de “favor libertatis”.....	267

Capítulo IX

CONTROL POLÍTICO O PARLAMENTARIO. EL ACCESO PERMANENTE A LA INFORMACIÓN.....	272
--	-----

1.- Características del control: de oportunidad, expreso, con legitimidad directa de los ciudadanos, limitado y colectivo o colegiado; El art. 37.6.f)
--

LRJPAC como remitente a los arts. 109, 110 y 111 CE y a las Resoluciones del Congreso de los Diputados de 18 de diciembre de 1986, de 2 de junio de 1992 y de 11 de mayo de 2004.....	272
2.- Algunos métodos de control parlamentario: Preguntas e interpelaciones, Comisiones, solicitud de comparecencias de miembros del Gobierno, así como mediante el acceso a los archivos y registros de las Administraciones Públicas y las autorizaciones al Gobierno.....	277
3.- Posibilidad del control Judicial ante la denegación de acceso del Gobierno a solicitud del Parlamento; Insuficiencia de los medios parlamentarios tradicionales. Obligación de motivar la decisión denegatoria del Gobierno; Imposibilidad de sustitución del Poder Judicial por el Parlamento; Un atajo a la denegación gubernamental de la documentación al Juez: Solicitud del Juez a las Cortes; Breve reseña al Defensor del Pueblo como Alto Comisionado de las Cortes y el control parlamentario del CNI.....	283
 <i>Capítulo X</i>	
CONTROL JUDICIAL. LEGITIMACIÓN PARA ACCEDER A LOS DOCUMENTOS CLASIFICADOS.....	293
1.- ¿Es posible el control?: Judicialización de lo político e inmunidades del poder frente al sometimiento pleno de los poderes públicos a la Ley y al derecho.....	293
1.1- Relaciones conflictivas entre los derechos fundamentales y la seguridad del Estado; ¿Puede el Gobierno delinquir al amparo de las materias clasificadas?; Insuficiencia de los métodos de control del Legislativo sobre el Gobierno; Ponderación de bienes jurídicos a proteger por el Poder Judicial como posible solución.....	293
1.2.- La limitación del art. 105.b) CE no alcanza a los Jueces al mencionar solo a los “ciudadanos”. Superioridad “jerárquica” de los derechos fundamentales. Inexistencia de una exclusión expresa del Poder Judicial en la LSO. Leyes postconstitucionales que legitiman el control. El problema de la autorización previa por parte del órgano clasificador. Superación de la limitación jurídica por los arts. 7 y 58 LOPJ (relación jerárquica entre Leyes) y el art. 2.a) LJCA (relación temporal entre Leyes); Constitucionalidad de la LSO.....	300
1.3.- Alcance del control judicial: imposibilidad de sustitución del Gobierno por el Juez. Control de los actos discrecionales del Gobierno en función de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados o judicialmente asequibles.....	308
1.4.- Principio de contradicción y publicidad procesal versus secreto de los documentos. Solución en una Cámara <i>ad hoc</i> que conozca de los asuntos independiente del órgano judicial competente en la instrucción.....	316
2.-¿Control de discrecionalidad o control de actos de Gobierno?.....	317
3.-Extensión de las sentencias:.....	319
3.1.-El Tribunal Constitucional.....	319
3.2.- Los Tribunales Contencioso-Administrativos.....	321
3.3.- El Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales.....	325
3.4.- Los Tribunales Penales.....	329
3.5.- El <i>desideratum</i> de una Sala “ad hoc” cuya actuación se fundamente	

en el modelo de la inspección “in camera” norteamericana. Los precedentes en España: La Sala del art. 61 LOPJ y El Magistrado del Tribunal Supremo en la Ley Orgánica 2/2002, Reguladora del control Judicial Previo del CNI.....	331
CONCLUSIONES.....	333
BIBLIOGRAFÍA.....	371

ÍNDICE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
Cc	Código Civil.
CE	Constitución Española.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CESID	Centro Superior de Información de la Defensa.
CNI	Centro Nacional de Inteligencia.
CP	Código Penal.
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
EES	Estrategia Española de Seguridad.
FJ	Fundamento Jurídico.
JUEM	Junta de Jefes de Estado Mayor.
LCNI	Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LG	Ley del Gobierno.
LOAES	Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio.
LOCJ	Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales.
LODN	Ley Orgánica de la Defensa nacional.
LODP	Ley Orgánica del Defensor del Pueblo.
LOFCS	Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOSC	Ley Orgánica sobre la Protección de la Seguridad Ciudadana.
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
LPD	Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.
LSO	Ley de Secretos Oficiales.
RCD	Reglamento del Congreso de los Diputados.
RS	Reglamento del Senado.
RSO	Reglamento de Secretos Oficiales.
TC	Tribunal Constitucional.
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
TCJ	Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

INTRODUCCIÓN

La transparencia y la publicidad de los asuntos públicos han sido siempre una aspiración de todo Estado democrático. Y no es extraño pues uno de los elementos configuradores y que dota de sentido a la democracia como sistema político es la participación de los ciudadanos, sin que ésta sea posible sino hay un previo conocimiento de esos asuntos para intervenir en los mismos de manera efectiva y con conocimiento de causa. Esta intervención “sanea” el sistema por cuanto que sustenta un poder sometido al control y la crítica continua, evitando la sumisión y el miedo que provoca el desconocimiento.

En esta línea se adentra España con la Constitución Española de 1978, al reconocer abiertamente el derecho de acceso a archivos y registros públicos por parte de los ciudadanos. Posteriormente, la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común introduce un desarrollo del citado derecho aunque limitado y de escasa aplicación práctica. No será hasta la entrada en vigor de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado en 1996 cuando se reconozca expresamente la transparencia en la actuación administrativa como un principio de funcionamiento de la Administración. Hay mucha normativa preexistente que ha incidido en el derecho a la información pública y que no ha tenido gran fortuna en su aplicación, pudiendo mencionarse la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público; la Ley 38/2003, General de Subvenciones; la Ley 37/2007, de reutilización de información del sector público; la Ley 27/2006 de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente etc. Normas que, sin embargo, no han servido para cambiar la “cultura de la opacidad” en nuestro sector público. Últimamente han sido numerosas las iniciativas legislativas en este sentido, y así, a nivel autonómico destacaríamos la Ley Foral de Navarra 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto y, por último, y de más reciente propuesta, aunque no exento de polémica, el Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, aprobado en el Consejo de Ministros de 27 de julio de 2012, al que se ha achacado su alcance limitado, su regulación mediante Ley ordinaria, la regulación del silencio y, en suma, el haberse centrado en exceso en las prácticas del buen Gobierno en detrimento de la regulación del derecho de acceso.

Retomando el derecho acceso a los archivos administrativos, el mismo se contempla a nivel constitucional en el art. 105.b), mediante el cual se reconoce el acceso por parte de los ciudadanos a los documentos

que constan en los archivos de las autoridades públicas (poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial), pero nada se dice respecto al tema objeto de la presente tesis configurado por los secretos oficiales o de Estado con los que se pretende básicamente estudiar también el acceso a la documentación (o más bien, una de sus formas de limitación) pero en una de sus versiones, pues se dirige a aquella que obra en poder del Ejecutivo (Gobierno y Administración) por parte de los poderes Judicial y Legislativo. A pesar de esta primera evidente diferencia, se trata de dos derechos que albergan un nexo en común que no es otro que el representado por los principios de control y transparencia. ¿Por qué entonces su diferenciación? Lejos de cualquier distinción artificiosa, hemos querido dejar constancia de estas dos formas de acceso a la información y los soportes en que ésta se encuentra plasmada por cuanto que la intensa polémica o la problemática jurídica principal que se plantea gira en torno a la posibilidad del acceso de Jueces, y, de forma más pacífica, en torno al acceso de Diputados y Senadores a la información clasificada, toda vez que no existe polémica alguna sobre el acceso de los ciudadanos a este tipo de información de la que, *a priori*, es evidente que están excluidos pues es, a la postre, una limitación expresa que se contempla en el artículo 105.b) CE, mientras que nada se dice expresamente respecto a los Jueces, Diputados y Senadores que, si bien, gozan evidentemente de la condición de ciudadanos, también los son con un estatuto jurídico especial que creemos les puede y debe merecer una consideración aparte.

Paradójicamente, la mención que se hace en la Constitución al término secreto está mayoritariamente relacionada con los de carácter privado. Ello quizás responda al hecho de que todo lo público, por su propia naturaleza, debe ser objeto de publicidad salvo excepciones, pues existe una presunción de que todo lo público es de relevancia o interés público, configurándose tanto la publicidad como el secreto en este ámbito en deberes u obligaciones propias de un Estado democrático pleno, mientras que todo aquello atinente a la esfera privada debe ser susceptible de secreto salvo excepciones, presentándose este secreto como un derecho como no podía ser de otra forma, atendiendo a las exigencias de un Estado de derecho. Es por ello también, que el secreto público solo sea exigible a las autoridades públicas que lo custodian y no a particulares (especialmente a periodistas), mientras que el secreto privado debe ser respetado por todos, salvo que se demuestre que su publicidad sea de relevancia o interés general. Así, el secreto “privado” se manifiesta en los arts. 16.2 (secreto sobre ideologías, religión o creencias), 18.3 CE (secreto de las comunicaciones), 20.1.d) (secreto profesional), el art. 22.5 CE (asociaciones secretas), el 24.2 CE (secreto profesional en la declaración de hechos delictivos), etc. En el ámbito del ejercicio de derechos en la esfera pública o de relaciones con las autoridades públicas, encontramos los arts. 68 y 69 CE respecto al ejercicio del derecho de sufragio que debe albergar, entre otras

características, la condición de secreto, en tanto que la seguridad del Estado y defensa nacional, que son a la sazón los bienes jurídicos objeto de protección con los secretos oficiales, se encuentran contemplados en el 105.b) CE que se refiere únicamente al acceso a los archivos y registros administrativos por parte de los ciudadanos pero nada se dice respecto a Jueces y legisladores. Como ya hemos dicho, evidentemente que ostentan la condición de ciudadanos, pero dada su situación de sujeción especial hace que su actuación se vea sometida a normas especiales que los sustraen de la aplicación del régimen jurídico general. Así lo han manifestado autores como GARCÍA DE ENTERRÍA, TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ O DÍEZ SÁNCHEZ al afirmar que el art. 105.b) CE reconoce a todos los ciudadanos en general el derecho de acceder a los archivos y registros administrativos junto a una “simple excepción a ese derecho”, excepción que se formula frente a los ciudadanos exclusivamente y en absoluto frente a Jueces y Tribunales.

De hecho, parece razonable que la exclusión no alcance a Jueces y Tribunales pues éstos no dejan de configurar uno de los poderes del Estado, junto a las Cortes Generales y el Gobierno cuya actuación se debe fundamentar en el principio de colaboración de poderes y en el de garantías del secreto por su propia condición pública, por lo que el límite se debe establecer en la divulgación de la información y no en fase de acceso. Es por ello, que el límite en el acceso carece de sentido frente a los referidos poderes, siendo en parte lógica frente a los particulares a los que, sin embargo, no es exigible en principio los deberes de sigilo y no divulgación de los secretos por lo que pueden actuar con mayor libertad.

El Secreto oficial viene, por otra parte, vinculado al concepto y la concepción del término **Estado**. Entendemos que de la forma de concebir el mismo dependerá la legitimidad de aquél o su rechazo. La crisis y la pérdida de poder del Estado-Nación ante las corporaciones transnacionales y las organizaciones internacionales fruto de la globalización, la necesidad del Estado, su acepción como ente al servicio del individuo o, viceversa, como ente al que se somete la comunidad, su forma de gobierno democrática o autoritaria, su configuración como “Estado-aparato”, etc. son cuestiones que determinarán en buena medida la justificación de los secretos. Esta apreciación parece excluir en cualquier caso, y a pesar del traspaso de poder por parte de los Estados en favor de las autoridades internacionales o locales, el respaldo del secreto para la protección de la seguridad del Estado y la defensa nacional en otros niveles territoriales como las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales, así como a nivel de Organizaciones internacionales en las que pueda estar incluida España a través de los correspondientes Tratados Internacionales. Queda pues descartada la alusión a razones de seguridad o defensa de Comunidad Autónoma, de Municipio o de una determinada Organización Internacional para no dar

acceso a la información solicitada, aunque no se descarta el hecho de que tanto Comunidades Autónomas como Entes Locales dicten “actos de Gobierno” que sí se podrían excluir del acceso y exigir la correspondiente reserva de una materia determinada, tal y como reconoce el art. 37.5.a) LRJPAC, al aludir a sus actos en el ejercicio de competencias constitucionales no sometidos a derecho administrativo.

Por otro lado, no se excluye la posibilidad de que el Estado español repudie la solicitud de acceso como consecuencia de limitaciones procedentes del articulado de Tratados o Convenios Internacionales que haya ratificado o del ámbito competencial de la Unión Europea en el que se restrinja la posibilidad de facilitar documentos de inteligencia pertenecientes a servicios extranjeros, pero se tratará en cualquier caso de supuestos diferentes o ajenos al de la clasificación llevada a cabo por el Gobierno del Estado por razones exclusivas de seguridad del mismo o por motivos atinentes a la defensa nacional.

Otra circunstancia a tener en cuenta en nuestros días y que no podemos olvidar, es la permanente tensión entre la seguridad y la libertad en lo que se ha venido en llamar como “sociedad del riesgo”. Acontecimientos como el terrorismo internacional representado por el 11-S, los ataques informáticos, las crisis financieras, los movimientos migratorios masivos, etc. hacen que los conceptos de seguridad del Estado y la defensa nacional se difuminen y pasen a un segundo plano, configurándose como seguridad o defensa internacional frente a riesgos y amenazas comunes de la comunidad internacional. Las medidas adoptadas por los distintos Gobiernos para incrementar la seguridad suponen una reducción proporcional de los derechos y libertades a nivel internacional (reconocidos en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) y a nivel nacional (contemplados en las respectivas Constituciones). En España, los **derechos** que se ponen en riesgo con los secretos son también otros distintos a los que pueden verse afectados por el derecho de acceso. Si con este derecho ejercido por parte de los ciudadanos, se argumentó la posibilidad de vulnerar el contemplado en el art. 105.b) CE y, a la postre, los reconocidos con la categoría de fundamentales en los arts. 20.1.d) CE (derecho a recibir información), 23.1 CE (participación de los ciudadanos en los asuntos públicos) y 24.1 CE (posible indefensión) y su más que defendible invocación en amparo ante el TC (o a través del procedimiento preferente y sumario de la jurisdicción contencioso-administrativa), con los secretos oficiales se plantea, ante una hipotética denegación de información por parte del Gobierno, la posible violación de los derechos reconocidos para el ámbito legislativo en los arts. 109, 110 y 111 CE junto al 23.2 CE (derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos en el sentido de permitir a los parlamentarios ejercer sus funciones) y en el ámbito Judicial en los arts.

24.2 CE (en cuanto a la posibilidad de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa en un juicio justo), además de los contemplados en los artículos 118 y 120 CE (en lo que respecta a la exigencia de colaboración con el Poder Judicial). En cualquier caso, se constata que la denegación de información, sea por la razón que fuere, provoca siempre un conflicto con una amplio repertorio de derechos y será muy necesario dentro de un Estado de Derecho su justificación y motivación, concretando en cada caso en qué resulta perjudicada la seguridad o la defensa en la hipótesis de que la información sea de conocimiento público. Dicho de otra forma, la seguridad o la defensa no pueden representar una carta blanca para arremeter contra los derechos fundamentales so pena de que ese Estado, al que se aludía como soporte de los secretos oficiales, se convierta en otro Estado diferente al Estado social, democrático y de derecho que consagra el art. 1.1 de nuestra Constitución, el cual ya no se configuraría en garante de los derechos fundamentales y cuya existencia no sería requisito previo o condición *sine quae non* para el mantenimiento y respeto de los mismos, dejando de cobrar sentido su protección frente a riesgos y amenazas externas.

Siguiendo con la comparativa entre los secretos oficiales y el derecho de acceso constitucional, debemos constatar que distinta es también la **legislación** objeto de análisis. Si la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común es postconstitucional (1992) y sobre la misma existe más o menos un amplio consenso con algunas discrepancias en cuanto a técnica y suficiencia legislativa (pues prácticamente se limita a regular un régimen de exclusiones al derecho de acceso), respecto a la Ley de Secretos Oficiales es innegable que existe una mayoría de autores que propugnan la necesidad de una nueva legislación dada el carácter preconstitucional de la norma (Ley de 1968 y su posterior reforma de 1978), además de la insuficiencia de sus preceptos, especialmente en lo atinente a algunos aspectos esenciales como las materias sujetas a secreto y su mejor delimitación, la delimitación y actualización de las autoridades competentes para clasificación y desclasificación, el establecimiento *ope legis* de plazos automáticos de desclasificación, la creación de una Comisión parlamentaria de control *ad hoc* para estos asuntos, así como, quizás el aspecto más polémico e importante, como sea el reconocimiento expreso del control Judicial de los secretos y de la actividad clasificatoria y desclasificatoria (una vez suprimida su exclusión expresa en el art. 10.2 de la LSO de 1968), así como si es necesaria la previa desclasificación de los documentos para el acceso a este tipo de información por parte del Poder Judicial, especialmente de la jurisdicción penal en la investigación de presuntas actividades delictivas por parte del Gobierno.

No han sido pocos los intentos en este sentido quedando por el camino algunas iniciativas tan innovadoras como fallidas representadas

por el Anteproyecto de Ley Orgánica de Secretos Oficiales aprobado por Consejo de Ministros el 23 de agosto de 1996 y el Proyecto de Ley Orgánica de Secretos de Estado de marzo de 1997. En este sentido, y en comparación con el desarrollo legislativo del derecho de acceso, del que se han dado algunas pinceladas, el de los secretos oficiales ha sido significativamente menos ambicioso.

Por otra parte, si el derecho de acceso se refería a la documentación general en poder de cualquier autoridad pública, respecto a los secretos oficiales la cuestión se constriñe a una categoría especial de esos documentos en poder del Ejecutivo que contengan información sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado o cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo estos bienes jurídicos. Para una propuesta acerca de las **materias** afectadas por el mismo, quizás sea adecuado, dada la complejidad de acotar a éstas en una lista tasada, un estudio de las competencias de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Interior, Defensa e Industria, pues resulta difícil concebir el secreto desde el punto de vista de la seguridad del Estado y la defensa nacional en otros ámbitos competenciales¹. Es la propia Ley 11/1995, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados la que limita la consignación de estos créditos a los citados Ministerios, entendiendo que por el mero hecho de afectar a su ámbito competencial son merecedores de tal secreto. Asimismo, otra línea de investigación podría encontrarse en el análisis de los estatutos del CNI en lo que respecta a su estructura interna y organización que se configuran *per se* como materia secreta. También en este sentido es reseñable el estudio de los Acuerdos del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 (ampliado en febrero de 1996), en el que precisamente se clasifican en una lista tasada de forma genérica y abstracta determinados asuntos y materias con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales, así como el Acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2010, sobre política de seguridad de la información del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación por el que se clasifican determinadas materias con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales. Tampoco se ha descartado la posibilidad de acudir a la jurisprudencia o al propio precedente para vislumbrar cuál sea el núcleo esencial de las categorías representadas por la seguridad del Estado y la defensa nacional.

Precisamente se verá como la dificultad en la acotación de lo que sea secreto y lo que se entiende por la seguridad y la defensa del Estado no es baladí pues es lo que, a la postre, justificará en mayor medida una deseable intervención más pujante de las Cortes Generales en la actividad clasificatoria y desclasificatoria del Estado y propiciará la

¹ Así lo ha puesto de manifiesto DÍEZ PICAZO, L.M.. en "Secretos oficiales: dos nuevas propuestas" en el Diario "El País", 18 de octubre de 1996.

consiguiente polémica en torno a la posibilidad del control Judicial de las decisiones gubernamentales de clasificación y desclasificación, así como cuál sea el objeto y la extensión del mismo. Asimismo, interesa ser más explícito en cuanto a que no baste que el contenido de la documentación verse sobre o pueda poner en peligro la defensa nacional y la seguridad del Estado, sino que su conocimiento ponga en peligro de manera cierta, real, efectiva y grave a esos bienes jurídicos protegidos constitucionalmente.

No deja tampoco de ser interesante la polémica doctrinal suscitada sobre el asunto de los secretos oficiales, no tanto en torno a si se trata de un derecho fundamental o de configuración legal, tal y como ocurre con el derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos de los archivos de las autoridades públicas, sino que se plantea en torno a otros aspectos entre los que destacamos algunos como su naturaleza jurídica, el objeto de control o cuál sea el órgano Judicial competente para ejercer dicho control.

La naturaleza jurídica de la clasificación y desclasificación de documentos como actos que determinan el secreto, se plantea bien como acto político del Gobierno exento de control jurisdiccional, bien como un acto discrecional o, por último, como un mero acto administrativo, siendo en estas dos últimas acepciones susceptible de control judicial. En este sentido, la doctrina ha venido manifestando que la alta política a nivel internacional hoy solo la hace Estados Unidos y el resto de los países se limitan a administrar. Con ello, se pretende desactivar en buena medida la justificación de que el acceso a la información se pueda fundamentar en la seguridad del Estado y su vinculación con la actividad política y su correspondiente exclusión del control jurisdiccional. Esta postura parece un poco excesiva pues no deja de circunscribir las competencias en materia de seguridad a un solo Estado lo que no nos parece del todo cierto pese a su papel hegemónico en la escena internacional por ser precisamente una de las principales víctimas de la inseguridad (el terrorismo del 11-S, filtraciones de información como en el caso de *wikileaks*, etc.). En nuestra opinión, iremos avanzando que tanto con la clasificación como la desclasificación se trata indudablemente de un acto del Gobierno considerando de quien emana el acto clasificatorio o desclasificadorio, pero meramente Ejecutivo de la legislación sobre la materia en cuanto al fondo del asunto. El Gobierno decide discrecionalmente en función de las necesidades y solicitudes de documentación y asuntos, interpretando si la publicidad puede afectar a conceptos jurídicos indeterminados como la seguridad o la defensa predeterminados por una Ley. Actuará en consecuencia según los elementos reglados de la LSO y su Reglamento de desarrollo, sin que haya margen para la máxima oportunidad propia del acto político.

De otra parte, se puede plantear cuál debe ser el objeto del control por parte de los Tribunales, si de legalidad, formal o de constitucionalidad. En esta última línea, algunos autores justifican el control constitucional sólo cuando estén en peligro los derechos fundamentales. Personalmente, consideramos que el objeto dependerá de las potestades atribuidas por Ley a las distintas jurisdicciones y de las infracciones que se hayan podido cometer. Lo que realmente resulta trascendente subrayar según nuestro punto de vista es tanto la necesidad y conveniencia del control judicial como la imposible sustitución del Gobierno por el Poder Judicial decidiendo qué debe ser objeto de clasificación o desclasificación u ordenándole al Gobierno que actúe en un sentido u otro para evitar el activismo Judicial o la excesiva Judicialización de todos los ámbitos de actuación del Ejecutivo, así como una posible vulneración del principio de separación de poderes. Aquí la actuación de los Jueces deberá limitarse a anular los actos correspondientes en caso de que la clasificación o desclasificación no se corresponda con la finalidad de proteger la seguridad del Estado o la defensa nacional (motivación del acto) o porque no se hayan respetado las formalidades regladas para la adopción del acto (procedimiento y competencia), devolviendo en algún caso al Gobierno las actuaciones para su reconsideración.

Sobre cuál sea el órgano Judicial competente para conocer de aquellos supuestos en que no se permita por el Gobierno o la Administración el acceso a la documentación por parte de los Tribunales se han planteado infinidad de propuestas. Casi tantas como autores pues las posibilidades parecen infinitas. Así, se han manifestado opiniones a favor de que sea el propio tribunal solicitante de la información, el de instrucción *in camera* o bien que sean éstos pero solo si el litigio es penal. Para otros autores, debe ser la Sala 3ª del Tribunal Supremo quien se ocupe del control de los actos clasificatorios y desclasificatorios. En la misma línea, aunque un poco más precisos, se muestran aquellos que postulan que la competencia debe atribuirse a este último, pero en este caso, a la sala *in camera* correspondiente a la materia sobre la que verse el litigio. También están quienes opinan que debe ser el propio TC o el Tribunal sobre Conflictos Jurisdiccionales quienes se ocupen de la tarea.

Otras opciones más originales y eclécticas pasan por la creación de un órgano Judicial *ad hoc* (comisión reducida del TS compuesta por 3 miembros o por miembros elegidos de entre las Salas de lo penal, de lo civil y de lo contencioso –JIMÉNEZ DE PARGA - o una Sala compuesta por 10 miembros de las diferentes Salas del TS, 2 por cada Sala siguiendo un sistema rotatorio -LÓPEZ GARRIDO-. Asimismo, la creación de un órgano Judicial mixto compuesto por Jueces y Administración –SANTAOLAYA –o, fuera ya del control judicial, de una Comisión Parlamentaria de control –SÁNCHEZ MORÓN, ELÍAS DÍAZ Y DEL ÁGUILA-.

Particularmente, nos adherimos a la postura de DÍEZ PICAZO, al encontrarla más razonable, pues atribuye la competencia a un órgano “ad hoc” independiente del instructor. De esta manera se impide la vulneración del principio contradictorio que debe presidir todo proceso pues los documentos no se han incorporado formalmente todavía al proceso del que traen causa y lo único que han hecho ha sido pasar a una fase previa o especie de pieza separada en donde un Juez diferente al instructor del proceso en el que se ha solicitado la prueba, estima si los documentos son relevantes constitucionalmente a efectos de prueba y si su clasificación se ha hecho efectivamente atendiendo a criterios de la seguridad del Estado o la defensa nacional, solicitando al Gobierno que entregue la documentación al Juez instructor si considera finalmente que existe esa relevancia y que la clasificación se ha realizado en función de fines diferentes a la protección de la seguridad del Estado y la defensa nacional. Pero en cualquier caso, y con independencia de la multitud de posturas que se puedan ofrecer en torno al órgano competente, lo que estimamos verdaderamente importante es no perder el norte en esta cuestión con disquisiciones o excesivos formalismos competenciales, pues de lo que se trata, al fin y al cabo, es que ese control al que se ha aludido sea real y efectivo y que para ello se reconozca *expresamente* en la Ley.

Otro aspecto importante que no queremos olvidar es el hecho de la menor **limitación** a la que se encuentra sometido el acceso por parte de los legisladores y Jueces a la información en poder del Gobierno y la Administración que la existente para el acceso de los ciudadanos a los archivos de las autoridades públicas, pues las restricciones previstas en la LRJPAC no les serán aplicables a los primeros salvo en lo que atañe a los arts. 37.5.b) (defensa nacional o Seguridad del Estado) y 37.6.a) (archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas). Resulta paradójico pues, que tanto Jueces como legisladores tengan cuantitativamente un menor rigor en el acceso a determinadas materias pero que cualitativamente, y para las pocas materias que les afectan, éstas sean prácticamente insoslayables, o al menos así parece para un sector de la doctrina.

Queda de nuevo planteado pues el asunto de los secretos de Estado, que si bien permanecía en el olvido y cuya vigencia a día de hoy podría resultar cuanto menos cuestionable una vez superado el espinoso asunto de los papeles del CESID con las sentencias del Tribunal Supremo de 1997, cobra en la actualidad vigencia aunque sea como efecto colateral por la preocupación a nivel internacional por la transparencia en la actuación de los poderes públicos, así como los recientes episodios de filtraciones de información clasificada que ponen de manifiesto presuntas actividades ilícitas de las autoridades públicas², además de por

² Casos como el de *Assange y Manning* (guerras de Afganistan e Irak), *Falciani* (datos de cuentas bancarias en Suiza) o *Snowden* (datos sobre interceptaciones de las

la polémica a nivel doméstico respecto a la composición de la Comisión Parlamentaria de Gastos Reservados (a su vez de secretos oficiales) y la posibilidad de exclusión o veto de algunos de sus componentes, sin olvidar la iniciativa que el Grupo Socialista en el Congreso prepara para promover la reforma de la propia Ley de Secretos Oficiales. Y por último, por cuanto que, como ha afirmado un sector de la doctrina, “la política como espectáculo, la barrera de la especialización (la política como profesión, que diría Max Weber) y la variante fría del control como rechazo de -o adhesión a- unas líneas programáticas generales, son el caldo de cultivo para el eterno retorno del secreto”³. Sirvan estas páginas como pequeña contribución a la escasa bibliografía sobre el tema, al menos desde un punto de vista eminentemente constitucional.

comunicaciones privadas por el Gobierno norteamericano) en lo que se ha venido en conocer como *whistleblow* o actividad por la que se desvela actividades deshonestas o ilícitas de una autoridad.

³ REVENGA SÁNCHEZ, M.: “El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano”, ed. Ariel, S.A., Barcelona, 1995.

CAPÍTULO I

CONCEPTO DE SECRETO DE ESTADO VERSUS SECRETOS OFICIALES. TIPOS DE SECRETOS. LA PROTECCIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO FRENTE A LA DEL “ESTADO – APARATO”

1.-El secreto: Diversidad de acepciones; 2.- El Estado y sus elementos integrantes; 3.- El secreto de Estado y sus variantes; 4.- El secreto de Estado español entre el secreto de carácter legal-formal y el material; Preferencia por el concepto de “secreto de Estado” frente al de “secreto oficial”; Una propuesta de definición propia; 5.- La protección del Estado como fin: ¿Estado-aparato, Estado-comunidad o Estado-ordenamiento? Preferencia por el concepto integrador de “Estado- ordenamiento” en su acepción de Estado de derecho, democrático y social; 6.- Secreto de Estado como decisión discrecional del Gobierno en función de la posible afectación al concepto jurídico indeterminado de la seguridad del Estado y la defensa nacional.

1.- El secreto: Diversidad de acepciones.

El origen etimológico del término procede del latín *se cernere* que significa separarse, alejarse, escindirse. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia define secreto de manera genérica como “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta; Reserva, sigilo; Conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio”.

MARC CARRILLO, siguiendo a SCHUENEMANN y RODRIGUEZ DEVESA, define secreto como “el hecho sabido solo en un círculo limitado de personas, respecto al cual el afectado, no quiere, conforme a su interés que sea conocido por otros”. OSSORIO lo define como “lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto. Reserva, sigilo. En el antiguo procedimiento, el despacho de las causas de fe por la Inquisición”. GÓMEZ DE LIAÑO a su vez lo considera como “aquello que se tiene o se ha de tener reservado y su divulgación puede ser objeto de castigo, ya como violación, ya como revelación de secretos”⁴. Parece pues, que pese a la diversidad de conceptos, un común

⁴ Así se recoge por COUSIDO GONZÁLEZ, M^º. PILAR en “Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento”, Ed. Bosch, 1999, pp. 36 y 42, para acabar concluyendo que en las diversas definiciones la nota común es la “ausencia de homogeneidad y que...aparecen unos elementos, que sin que hayan quedado globalmente recogidos por una definición doctrinal, se encuentran en diversas

denominador fácil de deducir es el de toda aquella manifestación opuesta a la publicidad o al conocimiento público fruto precisamente de que el conocimiento de alguna información o ciencia sea exclusivo y excluyente. Tal y como ha puesto de manifiesto algunos autores⁵, en el Estado existe una tensión evidente entre la publicidad y el secreto, si bien existen otros⁶ que mantienen justamente lo contrario, entendiendo que no existe tal conflicto entre la publicidad y el secreto y que no es ese el punto de partida de los secretos de Estado, sino que éste se establece entre el secreto y el Estado de derecho y los derechos amparados por la Constitución, planteándose únicamente la incompatibilidad entre el secreto y la publicidad “desde el momento en que haya de darse satisfacción a los principios de contradicción procesal y de motivación de las resoluciones Judiciales”.

El término juega pues un papel semejante al que la privacidad despliega en el ámbito privado que se encarga de excluir del conocimiento de los demás lo que los particulares consideran como el ámbito propio de la intimidad en cada momento según el criterio personal e intrasferible que cada individuo tenga de esos límites que determinarán a la postre lo que la legislación específica ha definido como “intromisiones ilegítimas”. Las razones en este caso se fundamentarán en cuestiones morales, de pudor personal, de tranquilidad, si se quiere, e incluso, y por qué no, también en razones de seguridad, aunque en este caso obviamente particulares. En esta forma de manifestarse, el secreto no pone en riesgo el Estado de derecho, sino que por contrario lo refuerza y permite a los individuos mantener siempre un último reducto en el que no podrán entrar ni otros individuos ni los poderes públicos, salvo en situaciones extremas como puedan ser las investigaciones relacionadas con la comisión de delitos (así ocurre en la entrada en domicilios, investigaciones de cuentas bancarias por parte de la AEAT, etc.).

El secreto de Estado tampoco debería *a priori* poner en riesgo el Estado de derecho si se establece realmente con los fines legítimos de proteger la seguridad del Estado y la defensa nacional, por lo que en

disposiciones legales: así la diferencia entre épocas de paz y de guerra; los secretos por naturaleza, que aparecen implícitos en la definición de Liaño; o la intencionalidad, en la de Ossorio. Quizá habría que decidir si interesa encontrar una definición legal de lo que se pueda entender por secreto desde la perspectiva iusinformativa...”.

⁵GÓMEZ REINO Y CARNOTA, E.: “El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales”. Ed. Cívitas. Revista Española de Derecho Administrativo, enero – marzo 1976.

⁶ FERNÁNDEZ ALLÉS, J.J.: “Los secretos de Estado en España: Jurisprudencia y teoría constitucional” (I), Diario la Ley, núm. 4762, 1999.

principio, en este ámbito, los secretos públicos y privados coinciden en reforzar el propio Estado de derecho. Ahora bien, entendemos que, al igual que ocurre en la esfera privada con el derecho a la intimidad, es permisible la intromisión legítima en el secreto estatal cuando venga amparada por una investigación de índole penal por posibles delitos cometidos por aquellas autoridades que hayan intentado encubrirlos a través del secreto. Parece lógico, por otra parte, que si se permite sacrificar todo un derecho fundamental como es el derecho a la intimidad para la investigación de la posible comisión de actividades delictivas por particulares, mucho más se debería permitir el sacrificio de valores o bienes constitucionales como la seguridad del Estado o la defensa nacional, que ni siquiera ostentan el valor de un derecho fundamental, a los mismos efectos, esto es, la persecución e investigación de los delitos cometidos en el ejercicio de potestades públicas por las distintas autoridades que son, a mayor abundamiento, aquellas que deben soportar en mayor medida que los propios particulares cualquier actuación investigadora por la carga añadida que comporta el ser personas que gozan de la confianza de los ciudadanos, a los que representan en el ejercicio de sus funciones y a los que se debe presumir una actuación permanente e impecable fundada en el servicio público y la satisfacción del interés general.

¿Bastaría sin embargo que algo se oculte para ser susceptible de investigación? Dependerá en gran medida del contexto jurídico público o privado, ya que en el primero consideramos que dicha investigación sería más plausible, siempre que no mediara una motivación o justificación válida y admisible en derecho, mientras que en el segundo bastaría con la mera voluntad del particular de excluir del conocimiento público parcelas de su vida privada para no justificar la investigación y convertir la intromisión en ilegítima, salvo resolución Judicial en contrario. Es por tanto en el ámbito público donde consideramos que la regla general debe ser la transparencia y que cualquier excepción a la misma debe estar suficientemente motivada, no ya por el establecimiento de una presunción delictiva sobre las autoridades públicas, sino por el deber que éstas tienen respecto a la ciudadanía de mantenerla informada, deber que no existe ni mucho menos para los particulares cuya opción por el secreto no debe tener otra justificación o motivación que la mera voluntad o deseo de que la información sobre su vida privada se mantenga oculta o desconocida para los demás, al menos en lo que respecta a las personas físicas, por cuanto que para las jurídicas pueden también existir exigencias de carácter estatutario o legal que impliquen una obligación jurídica de proveer la información sobre las mismas a sus integrantes o terceros interesados en su actividad.

En cualquier caso, tanto el Estado como los particulares desean con el secreto “ser dejados solos” o ejercer ese derecho tal y como ha sido definido en la doctrina norteamericana como *“the right to be let*

alone” para que esa “soledad” permita, en la medida de lo posible, el mantenimiento de la información sobre la actuación de uno en sigilo o fuera del conocimiento público. Pero ese deseo es diferente, pues responde a razones diferentes. En el caso del Estado se trata de razones de seguridad o defensa nacional, esto es, por razones de interés general y en el caso de los particulares por evidentes razones de interés personal o privado o por ser esa la mera voluntad del titular del derecho a la intimidad sin más. El problema se planteará cuando existan terceros que consideren que esa reserva o hermetismo no sea motivado o necesario y que no esté por tanto justificado, exigiendo la publicidad que evite cualquier exclusión en el conocimiento de información. El elemento teleológico de la reserva, el sigilo o el secreto se muestra pues como el elemento esencial en la justificación o legitimidad del mismo dentro del ámbito de actuación de las autoridades públicas, pues es evidente que, de inicio, todo secreto comporta una sospecha de que lo ocultado responde a razones espurias o deleznales desde distintas perspectivas, bien social, ética, jurídica, etc. No así en el privado donde ya hemos visto que el particular no tendría *a priori* porqué justificar o explicar su hermetismo.

Es decir, toda actividad de las autoridades públicas debería de suyo ser objeto de transparencia y publicidad pues de lo contrario, cabría pensar que existe algo ilegal, obsceno, inmoral, delictivo, etc. detrás de aquella. Sin embargo, quedaría un ámbito en el que el secreto debe ser respetado y es cuando responde a razones legítimas pero que, *a pesar* de su legitimidad, se desea mantener oculto por distintas razones que, por lo general, serán bien distintas en la esfera pública y privada pero que, en relación con la materia objeto de estudio, responderán por lo general a una finalidad preventiva o de prudencia como el mantenimiento de la fortaleza o de la integridad, evitando mostrar información que ponga al Estado o al particular en una situación de debilidad frente a posibles enemigos, que los hagan susceptibles de ser atacados, denigrados o vilipendiados, afectando tanto a su integridad física como moral. Tratándose de actividades legítimas, cuesta imaginar qué información pueda ser esa, siendo necesario tomar como premisa la máxima *homo homini lupus*⁷ a los efectos de justificar el citado secreto que,

⁷ HOBBS, THOMAS: “Leviatán o la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil”, Alianza Editorial, 2001. En este caso la referencia no se ha utilizado en el sentido querido por el autor, en cuanto que considera la maldad innata del hombre para justificar la necesidad de la existencia del Estado como ente arbitral o apaciguador que medie y ponga orden en las disputas, sino como el factor que activa la permanente “tensión” de determinados particulares o Estados por mantenerse alerta en lo que a ocultar al máximo su actividad para evitar cualquier resquicio que les deje expuestos a una hipotética agresión. En esta acepción, los demás Estados, al igual que los ciudadanos, también se pueden erigir como “lobos” en el ámbito de las relaciones internacionales, especialmente los enfrentados por razones históricas, culturales,

ciertamente y en algunas ocasiones, podrá llegar a ser incluso de índole paranoico o, en otras, se tratará de casos bien fundados, dependiendo también de las circunstancias, situación, estatus, relaciones, etc. de cada particular y de cada Estado.

El secreto por otro lado, es también falta de información, desconocimiento, ignorancia sobre determinados asuntos, exclusión y en cierta medida desapoderamiento e inmunidad, en el entendimiento de que la información es poder y un instrumento imprescindible para exigir cualquier tipo de responsabilidad, así como para adoptar decisiones anticipándose a los demás. En esa medida, ese desapoderamiento (especialmente del Poder Legislativo y Judicial), la posible inmunidad (por cuanto que no se puede controlar lo que no se conoce) o el privilegio que confiere son aspectos negativos para el Estado de derecho, por lo que esa exclusividad y la exclusión que comporta todo secreto deberá, insistimos, estar siempre muy justificado para que ambos aspectos puedan ser compatibles.

2.- El Estado y sus elementos integrantes.

De otra parte, debemos traer a colación la figura del Estado como el otro componente del término, aunque como veremos más adelante, la legislación sectorial lo ha definido como “oficial”. El Estado se define por RAFAEL DEL AGUILA como un poder político y un complejo institucional organizado sobre un territorio determinado, en el que es capaz de ejercer con una eficacia razonable el monopolio de la legislación y del uso público de la fuerza sobre la sociedad o las personas bajo su jurisdicción. Conjuga así los elementos tradicionales del término en torno a ciudadanos, territorio y soberanía. Estas notas también se aprecian en otras definiciones como la clásica de JELLINEK que lo define como “una corporación territorial de un pueblo asentado que goza de un poder de señorío originario”.

Es necesario, por tanto y de partida, la existencia de una ciudadanía que configura a su vez la Nación o Estado constituyente concebidos como titulares de la soberanía. Al atribuir la titularidad (que no el ejercicio) de la soberanía a un ente unitario y abstracto, se proclaman como no originarios los órganos estatales, evitando que cualquiera de ellos, en el ejercicio de sus competencias, reclame para sí poderes que considere anteriores a la Constitución, lo que además favorece la articulación policéntrica de dichos órganos (pues ninguno prevalecería sobre los demás). Esta circunstancia será importante a la hora de analizar las posibles relaciones entre los poderes en lo que atañe

intereses comerciales, etc., siendo únicamente en este caso las Organizaciones Internacionales y sus organismos las que puedan mediar en los conflictos y disputas previo reconocimiento de su jurisdicción por parte de los Estados soberanos.

a la materia objeto de estudio. Pero es que además, serán esos ciudadanos (periodistas, Jueces, etc.) los que, a la postre, solicitarán la información objeto del secreto en su condición de integrantes de la Nación o Estado que es precisamente lo que se trata de proteger con aquél. Es decir que podría ser la propia Nación o los integrantes del Estado los que, como “beneficiarios” del secreto, lo pongan en peligro. ¿Quién decidirá entonces esa peligrosidad, ese riesgo?, ¿deberán ser los propios ciudadanos, o al menos alguno de ellos por su estatus especial, integrantes de esa Nación los que decidan una vez conocidos todos los elementos de juicio para discernir ese peligro o deberán ser únicamente los representantes del Gobierno elegidos por los propios ciudadanos dada la legitimidad- aunque no directa- recibida por ellos?

A primera vista, parecería lógico que la integridad de cada uno se vea protegida por los criterios y las percepciones que son propias y no ajenas. El peligro o el riesgo se configuran así como sensaciones demasiado “personales” como para poner su percepción en manos extrañas. De esta manera, será la ciudadanía y las Cortes, a la sazón como institución representativa de sus intereses, los que determinen que es, en última instancia, peligroso o arriesgado para su seguridad o integridad. De otra forma, se correría el riesgo de poner en manos de otros, como es el caso del Gobierno, la percepción de un peligro que puede acarrear a su vez el de que con ello se adopten medidas que se dirijan más que a proteger los intereses de la ciudadanía, a proteger intereses ajenos a ésta como puedan ser los del propio Gobierno o los del partido que lo dirige.

En cuanto al segundo integrante de la fórmula estatal, el territorio, está organizado a su vez de distintas maneras según la forma del Estado. España se define en nuestra Constitución de 1978 como un Estado unitario descentralizado que reconoce a nacionalidades y regiones sin conceptuar ninguna de las dos o establecer sus diferencias. Asimismo, el artículo 137 de la misma reconoce la organización territorial del Estado en Municipios, Provincias y Comunidades Autónomas que se constituyan, gozando de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Esta configuración también será importante a la hora de hacer una distinción en cuanto al nivel en el que se pueden desenvolver los secretos que inicialmente se vinculan al término “Estado” como un centro unitario de poder y de atribuciones. El propio Tribunal Constitucional reconoce esta configuración al disponer que el Estado está compuesto por una pluralidad de organizaciones de carácter territorial”⁸. Y ello no es baladí pues éstas no son órganos del Estado ya que tanto Comunidades Autónomas como Ayuntamientos y Diputaciones gozan de capacidad jurídica propia y son a su vez centro final de imputación de sus competencias, derechos y deberes. Se aluden

⁸ STC. 4/1981, de 2 de febrero (FJ.3º).

así a realidades diferentes entre los que habrá que distinguir la posibilidad de la existencia de Secretos, si bien, y como se verá más adelante, éstos responderán a causas y finalidades diferentes a las propias de los secretos de Estado.

Por último, el poder o la soberanía originaria, que reside en el pueblo y que se organiza jurídicamente en los Estados que, revestidos del *imperium*, son los entes reconocidos a nivel internacional, con independencia frente a otros y una configuración interna política e institucional propia. En definición de cierto sector de la doctrina⁹, “entidades soberanas dotadas de personalidad jurídica en la que se estructura la vida política de una colectividad”. En este aspecto, insistimos en que es la propia Nación, sus ciudadanos los que de forma pactada confieren el poder al Estado, a sus representantes, a cambio de protección y prestaciones. A cambio en definitiva de que vele por sus intereses porque de ello dependerá en buena medida su legitimidad¹⁰. ¿Qué ocurre por tanto si la ciudadanía desea o exige la publicidad o la desclasificación de un determinado ámbito de actuación de los poderes públicos? Parece innegable que es el Gobierno o el Parlamento los que, como representantes (indirecto uno y directo otro) de los ciudadanos, ostentan el poder para clasificar y desclasificar, para publicar o no pues así lo establecen las Leyes vigentes sobre la materia. Y en función de esas competencias atribuidas legalmente podrían negarse a esa publicidad exigida o reclamada por los representados. Se trataría, por tanto, de una acción legal pero no legítima que desacreditaría tanto al Gobierno como a las Cortes. Son los ciudadanos los que realmente deberían tener la última palabra acerca de la publicidad o no de un asunto determinado. Sin embargo, a efectos eminentemente prácticos, no parecería posible que cada uno de los ciudadanos manifestase a modo de referéndum consultivo¹¹ su juicio acerca de si es necesaria o no la

⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: “Derecho penal español. Parte especial, Madrid, 1993, pp. 559-560.

¹⁰ GARCÍA PELAYO, M: “El Estado social y sus implicaciones. Las transformaciones del Estado contemporáneo”. Madrid, Alianza Universidad, 1997, p. 29. El autor, siguiendo el modelo de la próspera existencia de Forsthoff, propone un segundo elemento de la misma en el mantenimiento de la “seguridad de los distintos aspectos civiles de la sociedad nacional. De esta forma, si antes se concretaba en la defensa exterior e interior frente al delito o la subversión del orden establecido, hoy ha de considerársela vinculada con la tutela o amparo del individuo frente a contingencias y necesidades económicas globales, el deterioro del medio ambiente, el agotamiento de los recursos naturales o la radicalización y extensión de los antagonismos en el seno de la sociedad natural, por ejemplo”

¹¹ Esta argumentación, como se verá más adelante, podrá ser aportada para descartar el carácter político de las decisiones clasificatorias y desclasificadoras del Gobierno ya que el art. 92 CE interpretado *sensu contrario* dispone que “las decisiones políticas de

publicidad, dado que, en primer lugar, muchos carecerían del rigor técnico suficiente como para su consideración desde una perspectiva jurídica y, de otra parte y fundamentalmente, porque es obvio que una vez que se hubiese divulgado el asunto a toda la ciudadanía para su consulta, carecería obviamente de sentido alguno determinar con posterioridad su secreto.

En esta tesitura, solo queda acudir en última instancia a un poder neutral que arbitre las posibles polémicas entre representantes y representados y no puede ser otro que el Poder Judicial que administrará la justicia que emana de los mismos ciudadanos (art. 117.1 CE). De otra forma, solo quedará un Parlamento o un Gobierno que decide y una ciudadanía en acuerdo o desacuerdo con la decisiones clasificatorias y desclasificadoras. Y en caso de desacuerdo solo quedaría esperar a mecanismos tan complejos o a tan largo plazo como una moción de censura, una cuestión de confianza, una disolución anticipada de las Cortes o una convocatoria de elecciones generales. No parece ser éste un sistema equilibrado y dinámico para solucionar discrepancias sobre las decisiones clasificatorias o desclasificadoras que adopten Gobierno y Parlamento en el ejercicio de las competencias legalmente atribuidas.

3.- El secreto de Estado y sus variantes.

Vistos los conceptos de secreto y de Estado de forma separada, haremos ahora una referencia específica al Secreto de Estado, conjugando ambos términos. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia lo define como “secreto que no puede revelar un funcionario público sin incurrir en delito; Grave asunto político o diplomático no divulgado todavía”¹².

Doctrinalmente, algunos autores¹³ lo conceptúan como “conocimiento de relevancia objetiva que voluntariamente se oculta a una o más personas” o como “el conocimiento o información que el Estado mantiene voluntariamente oculto para garantizar/ proteger la

especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos”.

¹² Llama poderosamente la atención la mezcla que en esta definición se realiza de la esfera propiamente política, en la que aparece implícitamente el Gobierno (asunto político) y la puramente funcional (funcionarios y diplomáticos) en representación de la Administración Pública. Aun siendo ambos parte del Poder Ejecutivo, no consideramos que ello sea favorable para dilucidar si nos encontramos ante actos o asuntos puramente políticos o meramente Ejecutivos.

¹³ SEGRELLES DE ARENAZA, I.: “El secreto de Estado ilegal: Aspectos básicos”, Cuadernos de Política criminal, núm.62, 1997, pp. 415 a 433.

seguridad nacional”. Distingue un objeto constituido por un hecho, un documento, producto, procedimiento, etc. y el propio conocimiento que se tiene del objeto en el sentido de datos, información, etc. sobre el mismo. Este último a su vez, debe tener los siguientes requisitos: que sea *oculto*, por lo que el conocimiento no ha de estar al alcance de terceros; que *exista voluntad* de que el conocimiento permanezca oculto y que ese carácter oculto responda a un *interés o bien jurídico que lo justifique*.

Otros autores¹⁴ reconocen en el propio término tres elementos: la intencionalidad en la exclusión del conocimiento, que lo excluido esté constituido por saberes o conocimientos y su carácter excluyente. A su vez, distinguen distintos tipos de secreto entre los que se podrían mencionar:

- Secreto formal: es aquel que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido o la materia sobre la que verse y con independencia de su conocimiento real o divulgación material. Como ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) que implica una presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es secreto en un sentido sustancial al venir así determinado por la Constitución. Así, resulta significativo el FJ. Sexto del voto particular del magistrado XIOL RIOS a la STS. de 4 de abril de 1997 en la que manifiesta que,

“al decir que «debemos hacer constancia expresa de que el hecho de que los documentos obren en el sumario y hayan sido objeto de difusión por la prensa y otros medios, no ha alterado **formalmente** su naturaleza jurídica de declarados legalmente secretos», inclinándose con ello por el **carácter formal del secreto**, criterio que comparto, aun cuando hubiera podido profundizarse en la argumentación, según creo, poniendo de manifiesto que el carácter formal del secreto, que proclama constantemente este Tribunal y el Tribunal Constitucional, no obedece al mero capricho de la ficción jurídica o, como dice la sentencia, al mantenimiento del «statu quo», sino a necesidades más profundas de protección indirecta de los derechos y valores afectados; pues, de la misma manera que se protege el derecho al secreto de las comunicaciones negando, ante la misma evidencia, valor probatorio a las pruebas que se obtienen conculcándolo, del mismo modo creo un deber de los Tribunales para proteger indirectamente la seguridad del Estado o el valor a cuya protección tiende la norma que prescribe el secreto no reconocer la publicidad de hechos que deriva del ilícito quebrantamiento del deber de secreto”.

Esta postura, si desde un punto estrictamente teórico-jurídico puede resultar irreprochable, desde un punto de vista práctico no resulta del todo ajustada a la realidad de las cosas, pues un documento o información es conocido o no, pese a que

¹⁴SÁNCHEZ FERRO, S.: “El secreto de Estado”, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales”, Madrid, 2006.

jurídicamente se puedan realizar presunciones acerca de su conocimiento o establecer reglas por las que se deban o no conferir validez a determinadas pruebas o por las que determinados asuntos serán secretos o excluidos *a priori* del conocimiento de los demás, sea cual sea su contenido.

No obstante, esta apreciación formal del secreto, a pesar de su carga excesivamente teórica, puede ser de gran utilidad en otras parcelas de la actuación tanto pública como privada para proteger los fines que persigue. Así, por ejemplo, en aquellos casos en que el mantenimiento de la condición formal de secreto de una determinada información o documentos, a pesar de su publicación en determinados sectores o medios, impide o disuade de una mayor difusión por otras nuevas vías o medios que provoque una mayor publicidad y a la postre un mayor daño a los fines que se desean proteger.

En sentido contrario, se encuentra el caso paradigmático de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Times Newspaper vs UK* de 26 de noviembre de 1991 en relación con la de *The Observer y The Guardian vs UK* (TEDH, 1991) se trata de vislumbrar la posible violación del derecho contemplado en el art. 10 del Convenio de Derechos Humanos relativo a la libertad de expresión por la solicitud de suspensión de publicaciones por parte del Fiscal General del Estado con la finalidad de “garantizar la autoridad Judicial y proteger de ese modo los intereses de la seguridad nacional”. Las citadas publicaciones se estaban realizando en los diarios británicos sobre información confidencial y previamente habían sido objeto de publicación en un libro por un ex agente del Servicio de inteligencia británico. Esta publicación previa hacía aparentemente innecesaria la injerencia en el derecho a la libertad de expresión del diario británico, pues la información era ya de conocimiento público y había perdido su carácter confidencial por lo que “la mayor parte del daño potencial....ya se había hecho”. Para el Tribunal finalmente, la injerencia en el citado derecho no era “necesaria en una sociedad democrática” y considera finalmente que se produce por ello una vulneración del derecho a la libertad de expresión, ponderando otros principios como los de proporcionalidad de la medida y urgencia en la publicación. Parece así que, al mismo tiempo y para este caso concreto, no dio cobertura ni respaldo a la existencia del que hemos definido como secreto formal, ciñéndose únicamente al hecho cierto y constatado de que la información se conocía realmente a pesar de que estaba catalogada formalmente como secreta o confidencial.

- Secreto material: es el que se reconoce atendiendo al contenido o materia sobre la que verse lo comunicado. En este sentido, este tipo de secreto se vincula con el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), pues el secreto se fundamenta en las particularidades del objeto o la materia sobre la que tratan, y en concreto, en los daños que tal difusión podría ocasionar. No es necesario, por tanto, que ninguna autoridad realice ninguna clasificación previa o no de la cuestión, pues por la materia (o por su “naturaleza”) se podrá determinar su carácter secreto o no. Así, por ejemplo, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 (BOCG de 6 de noviembre de 1987), por el que se procedió a la clasificación de una lista de determinados asuntos y materias con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales o el Acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2010, sobre política de seguridad de la información del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación por el que se clasifican determinadas materias con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales.

En esta acepción, volvemos a incidir en la dificultad que supone determinar apriorísticamente el conjunto de asuntos o materias que son merecedoras de secreto dentro de una lista tasada. La complejidad que entraña la interpretación de términos tan cambiantes como el peligro, el riesgo, la inseguridad, las amenazas, así como los de seguridad y defensa junto a las posibles circunstancias que los rodean, ocasionan obstáculos difícilmente salvables para establecer categorías genéricas que engloben toda una serie de actos o informaciones que deban ser siempre secretas por el hecho de estar mencionadas en una relación de manera abstracta sin referirse a casos particulares y sin considerar verdaderamente el daño que en un determinado momento pueden ocasionar a los bienes susceptibles de protección según las circunstancias del momento.

Entendemos que el sistema de lista tasada y la aceptación del secreto material debe hacerse de manera orientativa, de forma que se impida dar a conocer asuntos o informaciones cuya difusión *por lo general* va a suponer un riesgo para los bienes a proteger, pero que de ninguna manera suponga una clasificación automática de los mismos sino es previa ponderación de las circunstancias puntuales del caso y la valoración del daño real y efectivo que pueda suponer la citada divulgación.

- Secreto legal: Es una variante del secreto formal, pero en otro sentido, pues se vincula a aquel reconocido por una norma con rango de Ley. Recoge el sentido dado al secreto por la STS. 4 de abril de 1997 en la que se señalaba que la difusión por la prensa y otros medios de comunicación solicitados por el Juzgado para

incorporarlos al sumario no había producido una alteración “formal” de su “naturaleza jurídica de *declarados legalmente* secretos”. De ello se colige que el secreto es solo aquello que se encuentra clasificado como tal por el Poder Legislativo con independencia de su conocimiento y difusión real o material. En este caso son ejemplificativas al respecto la Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los Créditos destinados a Gastos Reservados o la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del CNI.

Esta vertiente se identifica o reconoce en una de las competencias que contempla nuestro ordenamiento jurídico vigente a favor de las Cortes Generales para clasificar, o mejor, “calificar” mediante una Ley un determinado asunto como secreto.

- **Secreto Fáctico:** Es precisamente aquel que se opone al secreto formal o legal, pues está constituido por hechos o documentos que se mantienen en el desconocimiento por el mero hecho de estarlo como consecuencia de una pérdida o sustracción, sin que sea consecuencia de una clasificación de algún poder ni porque se corresponda con alguna materia en especial. Este tipo de definición adolece del elemento volitivo en cuanto a la existencia de una voluntad o interés previo de mantener una determinada información bajo el secreto. Así ocurrió con algunos de los documentos objeto de la STS. de 4 de abril de 1997 sobre los cuales no se procedió a su desclasificación ya que,

“los documentos transcritos en la Exposición con los números 9.i) y 12.b) **no se encuentran en los archivos** del Centro Superior de Información de la Defensa ni ha constado nunca su existencia, y que el resto de los documentos han sido **sustraídos** del Centro y han permanecido fuera del mismo por espacio de dos meses en forma de microficha susceptible de manipulación”.

El magistrado PECES MORATE sostuvo respecto a esa falta de constancia o sustracción de los documentos en el FJ. Duodécimo de su voto particular a la sentencia que,

“La aceptación deriva de que no media en las actuaciones procesales argumento alguno que permita desacreditar en este punto la presunción de legalidad y certeza de tal afirmación, lo que a su vez conduce a denegar la desclasificación de la información requerida bajo la denominación de documento número 13.m), al estar directamente vinculado su contenido al hecho que trataba de acreditarse mediante el citado 12.1). Comparto esta apreciación, aunque no la forma en que se manifiesta. A mi juicio hubiera sido indispensable el decir que en el caso de que hubieran existido, los documentos de referencia, que constituirían prueba directa de gravísimos hechos delictivos, hubieran debido ser desclasificados por el Gobierno, siempre que de manera manifiesta no constase que se habían obtenido con

infracción de un derecho fundamental, por lo que la conformidad a derecho del acto del Gobierno en este punto deriva exclusivamente del hecho de **carecer de objeto la desclasificación solicitada**".

Un sector de la doctrina¹⁵, en referencia al secreto de Estado, distingue dos subtipos que la propia Ley de Secretos Oficiales se encarga de diferenciar. La primera constituida por aquellos secretos que se derivan de una clasificación realizada por las autoridades competentes (art.2 LSO), bien sea el Consejo de Ministros¹⁶, bien la JUJEM, que es lo que se conoce como "Secreto de Estado por clasificación" en consideración del hecho de que el asunto objeto de clasificación afecte a la seguridad del Estado o a la defensa nacional. La segunda, se configura como aquella categoría de secreto que lo es porque lo dice una Ley, con independencia del fin o el contenido del mismo. Es lo que se ha venido en conocer como "Secreto de Estado por Ley" (art. 1.2 LSO)¹⁷. Por tanto, en nuestro sistema existe una mezcla de secreto formal, definido por una Ley o un acto de clasificación por las autoridades competentes y otro material al hacer alusión a un conjunto de materias susceptibles de secreto y que vendrán plasmadas en el Acuerdo, Decreto, Resolución o la forma que adopte en su caso el acto clasificatorio de las autoridades competentes para la clasificación. Realmente, y a la postre, nuestro sistema quedaría por tanto configurado por una clasificación por Ley y otra por norma o acto con rango jerárquico inferior a la misma.

Desde un punto de vista penal, también resulta interesante proceder a la clasificación del secreto pues se definirán distintas categorías atendiendo a la legalidad o ilegalidad de los mismos, considerando fundamentalmente si el elemento teleológico perseguido con el mismo se encuentra amparado en la Ley así como en la legalidad del asunto u objeto concreto que se encubre. Doctrinalmente¹⁸ se han analizado las connotaciones del concepto desde un punto de vista penal

¹⁵ SEGRELLES DE ARENAZA, I.: *Op. Cit.*

¹⁶ Por ejemplo, se puede hacer referencia al Acuerdo de 28 de del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 (BOCG de 6 de noviembre de 1987), por el que se clasifican determinados asuntos y materias con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales, ampliado en febrero de 1996 o el o el Acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2010, sobre política de seguridad de la información del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación por el que se clasifican determinadas materias con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales.

¹⁷ En este caso, como ya se ha dicho, son paradigmáticos la Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los Créditos destinados a Gastos Reservados o la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del CNI.

¹⁸ SEGRELLES DE ARENAZA, I.: *Op. Cit.* y OTERO GONZÁLEZ, M^a.P.: "La revelación del secreto de Estado en los procesos penales", Ed. Tirant lo Blanch, 1999.

y así se distinguen tres categorías que entendemos de suma importancia para analizar la posibilidad del control Judicial de los secretos. Así,

- Secretos con elemento objetivo ilegal: Son aquellos que no se encuentran justificados constitucionalmente ya que desvelar su contenido no afectaría a la seguridad del Estado o la defensa nacional. No estarían justificados por tanto desde un punto de vista constitucional. No requerirían de desclasificación para su acceso ni justificarían la exención de declarar como testigos a los funcionarios. Asimismo, frente a este tipo de secretos preponderaría la libertad de información o cualquier otro derecho fundamental en un posible juicio de ponderación entre bienes y derechos constitucionales. Es precisamente esta cuestión la clave para abordar la posibilidad del control Judicial de los actos de clasificación en cuanto que sean también los Jueces los que puedan valorar esa posible afectación además de otros aspectos como la competencia del órgano para realizar la clasificación. Se trataría de esta manera, de permitir una segunda opinión sobre la legalidad del elemento objetivo del secreto a través de una interpretación de términos tan indeterminados como la seguridad del Estado o la defensa nacional, impidiendo de esta manera el monopolio interpretativo de los términos por parte de las autoridades competentes para la clasificación.
- Secretos con elemento objetivo legal: Constituyen todo lo contrario que los definidos anteriormente, esto es, que su puesta en conocimiento afectaría a la seguridad del Estado o la defensa nacional como bienes o valores que la Constitución precisamente desea proteger con el secreto. En este caso, se insiste que no basta con la existencia de un mero riesgo y que es conveniente que la afectación sea patente, cierta, inminente y grave.
- Secretos con objeto legal o ilegal: Son aquellos que encubren actividades lícitas e ilícitas o delictivas respectivamente. Estas categorías se pueden, a su vez, ver mezcladas con las anteriores de manera que podemos encontrarnos con un secreto con elemento objetivo legal (protege la seguridad del Estado o defensa nacional) con objeto legal o ilegal (en este último caso, la actividad encubierta, como tráfico de armas, escuchas telefónicas, etc. que no convierten al secreto en ilegal, con independencia de que esas actividades sean reprobables, ya que el secreto tampoco las justifica). Un ejemplo de este último lo representa a la perfección el caso de los papeles del CESID en el que la STS. de 4 de abril de 1997 no duda en ningún momento en que la documentación “forma parte de la que merece ser calificada legal y constitucionalmente como afectante a la seguridad y defensa del Estado” pero recuerda que “los hechos *objeto* de investigación

sumarial consisten en atentados contra el derecho a la vida de las personas”, no estimando la desclasificación en base a una ilegalidad del secreto sino en un juicio de ponderación en el que hace prevalecer el derecho a la tutela Judicial efectiva sobre el propio secreto y la seguridad. Respecto al secreto con elemento objetivo ilegal (no protege la seguridad del Estado o la defensa nacional) también puede encubrir actividades lícitas (objeto legal) o ilícitas (objeto ilegal), supuesto éste en el que se manifiesta la máxima ilegalidad e inadmisibilidad del secreto desde un punto de vista constitucional, pues éste último no solamente no trata de proteger la seguridad del Estado o la defensa nacional, sino que además lo que intenta de encubrir son actividades delictivas del Estado.

Consideramos que por lo general, el secreto de Estado con elemento objetivo ilegal coincidirá en la mayoría de las ocasiones con el secreto de Estado con objeto ilegal, esto es, que cuando la clasificación no se hace respondiendo a la protección de la seguridad del Estado o la defensa nacional, es porque lo que se está intentando encubrir es algo ilegal o no del todo compatible con el ordenamiento jurídico vigente. De otra forma, carecería de sentido ocultar determinados asuntos legales sin que se diera la premisa mayor consistente en que la clasificación no respondiera a la protección de la seguridad del Estado y la defensa nacional. Sin embargo, dándose la circunstancia contraria (elemento objetivo legal), sí que sería también corriente el hecho de que se tratase de ocultar hechos ilegales, tratándose de encubrir bajo una apariencia de legalidad determinadas actuaciones ilícitas en la consideración de que el fin justifica en cualquier caso los medios.

No queremos finalizar el epígrafe sin destacar otras acepciones o categorías del término “secreto” y que podrían ser las siguientes:

- Secretos Privados: Son aquellos que se distinguen porque el bien jurídico protegido responde a razones de carácter particular al amparo del derecho constitucional a la intimidad previsto en el art. 18 CE y entre los que se distinguen asimismo aquellos que se erigen frente a los poderes públicos y aquellos que se establecen frente a otros particulares como necesidad de mantener la privacidad que tiene todo individuo. Un claro ejemplo de este ámbito del secreto vendría representado por el llamado “derecho a la autodeterminación informativa” vinculado con la protección de datos personales contemplado en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Son, por otra parte, los secretos a los que con carácter general hace referencia expresa la Constitución y cuyos numerosos ejemplos veremos más adelante.

- Secretos Públicos: como aquellos que mantienen los poderes públicos frente a los ciudadanos derivado de la exigencia del interés general. Aquí distinguimos los constituidos de hecho por la restricción al acceso a los archivos y registros que la Administración puede poner en práctica con carácter genérico al amparo del art. 105.b) CE y del art. 37 LRJPAC, y los que su configuración como tal queda definida como consecuencia de la clasificación expresa que realiza el Gobierno o las Cortes en los supuestos previstos en la LSO.
- Secretos teleológicos o instrumentales: Son aquellos que se tratan de mantener en función del bien protegido tanto público como privado. En el caso de los secretos de Estado, la seguridad de Estado y la defensa nacional o, en otros casos, como por ejemplo en el acceso a la información medioambiental, la eficacia de la Administración en el ejercicio de sus funciones.

Esta categoría parece evidente, pues todo secreto, en principio, debe responder a algún fin o motivo, que es a su vez lo trascendente a la hora de justificar la actuación de las autoridades competentes para clasificar determinadas materias o excluirlas del conocimiento público, atendiendo además a la amplitud interpretativa de las causas previstas legalmente para legitimar la clasificación o la restricción al acceso a la información. Parece pues, que todo secreto o restricción en el derecho de acceso carente de finalidad es de suyo inadmisibles en un Estado de derecho, como ocurre con cualquier decisión que pueda afectar los derechos de los ciudadanos, ya que suscitaría la arbitrariedad en la adopción de decisiones.

- Secretos temporales: son aquellos cuyo elemento determinante es el tiempo para el que están previstos y una vez traspasado el mismo dejan de existir para que la información sea objeto de divulgación. Los lapsos de tiempo cambiarán dependiendo de la legislación que los prevea, aunque generalmente los periodos oscilan entre los 25 a 50 años. Así, por ejemplo, la *Freedom Information Act* norteamericana prevé una desclasificación automática una vez transcurridos 30 años desde la clasificación. Parece pues que en esta categoría de secretos no es necesario que se produzca un acto de desclasificación formal o que al menos no será necesario una vez superados un determinado número de años desde la clasificación. Este tipo de secreto creemos que evitaría los problemas que se presentan en nuestro sistema, pues no se produciría la posible clasificación permanente de una información cuando la autoridad con potestad para clasificar no procede a su desclasificación, pero sin embargo corre el riesgo de prescindir del elemento teleológico del secreto en cuanto que, y a pesar de no ser

corriente, puede darse el caso que una vez transcurrido el periodo de tiempo marcado por la Ley, la publicación de la información pudiera seguir poniendo en peligro la seguridad nacional. Por tanto, quizás lo ideal sería establecer un sistema de plazos, si bien con una serie de precauciones en cuanto a los efectos de la desclasificación automática *ope legis*.

El sistema español, como ya hemos dicho, lejos de establecer un sistema de plazos, deja la desclasificación a la discrecionalidad de las autoridades con potestad para clasificar con el consiguiente peligro de perpetuar en la práctica las clasificaciones. Así, el art. 7 LSO¹⁹, deja la cancelación o reclasificación de las clasificaciones en manos del “órgano que hizo la respectiva declaración” y el art. 3.III RSO²⁰ lo hace en “la autoridad encargada de la calificación”, además de establecer en su apartado IV la capacidad de ésta para “señalar los procedimientos para determinar, periódicamente, la conveniencia de la reclasificación o desclasificación de aquel material”²¹ e incluso de la destrucción del mismo²².

¹⁹ Art.7: “La cancelación de cualquiera de las calificaciones previstas en el artículo 3 de esta Ley será dispuesta **por el órgano que hizo la respectiva declaración**”.

²⁰ Art. 3.III: “Siempre que ello sea posible, **la autoridad encargada de la calificación** indicará el plazo de duración de ésta, con mención de si pudiera ser suprimida o rebajada de grado. Para ello, podrá fijar una fecha o indicar un acontecimiento o hecho límite de dicho plazo. Tal indicación no deberá incluirse en el texto, sino que constará en una anotación, anterior o posterior, al mismo”. En este caso, y para colmo de males, el plazo de la cancelación se condiciona a su vez a que solamente se determinará “siempre que sea posible” y además de manera potestativa mediante la fórmula “podrá fijar”, sometiendo la clasificación a las tradicionales cláusulas de condición o término dentro de la teoría de la eficacia de los actos administrativos. De otra parte, encontramos en esta última circunstancia un nuevo argumento para sostener la naturaleza meramente ejecutiva de los actos clasificatorios frente a la postura que conculca su naturaleza eminente de dirección política. En cualquier caso, para GOBERNA FALQUE esta forma de cancelación de la clasificación crea *de facto* las condiciones ideales para que se produzca un abuso ilegítimo del secreto (GOBERNA FALQUE, JUAN R.: “La cultura de la inteligencia y la Historia contemporánea de España: Problemas actuales y perspectivas de futuro”, en EMPIRIA, Revista de Metodología de Ciencia Sociales, nº 11, enero-junio, 2006, pp. 93-106).

²¹ Art. 3.IV RSO: “IV. A efectos de evitar la acumulación excesiva de material calificado, la autoridad encargada de la calificación deberá señalar los procedimientos para determinar, periódicamente, la conveniencia de la reclasificación o desclasificación de aquel material.

²² Art. 28 RSO: “Siempre que la Autoridad encargada de la calificación juzgare que el material clasificado resultare ya Inservible, ordenará su destrucción a todas las

Un híbrido de este tipo de clasificación parece contemplarse en la “clasificación provisional” prevista en el art.11.b), haciendo referencia al art. 4.2 de la Ley de Secretos Oficiales de 1968 derogado por la de 1978. Así, especifica los requisitos del acto formal de clasificación para este tipo que solo se encuentra vigente a nivel reglamentario²³.

- Secretos institucionales o según su origen: serán aquellos que vengan dados por los distintos poderes o entidades, así como ámbitos sectoriales o materiales de actuación pública o privada. Así, considerando su origen, se podrán calificar de políticos, militares, tecnológicos, comerciales, industriales, Judiciales o de sumario, etc., siendo su regulación jurídica bien diferenciada en determinados aspectos.

Parecería que el secreto de Estado abarcaría todas estas categorías pues, al fin y al cabo, las actividades y actores de los que trae causa la calificación del secreto desarrollan su actividad dentro del territorio del Estado y las normas jurídicas previstas en el mismo. Sin embargo, como ya dijimos, el secreto de Estado solo hace alusión a aquel secreto establecido por las Cortes, el Consejo de Ministros o la JUJEM por razones estrictas de seguridad del Estado o defensa nacional. Ni siquiera los de carácter político, diplomático o militar, que por su condición podrían ser considerados dentro de esa categoría, lo serían legítimamente sino respondiesen a la citada finalidad.

4.- El secreto de Estado español entre el secreto de carácter legal-formal y el material; Preferencia por el concepto de “secreto de Estado” frente al de “secreto oficial”; Una propuesta de definición propia.

dependencias que lo poseyeren o hubiesen obtenido copias o reproducciones del mismo”.

²³ “En el caso de tratarse de la clasificación provisional a que se refiere el número dos del referido artículo cuarto de la Ley, la autoridad que la proponga deberá especificar los mismos requisitos anteriores y añadirá una explicación razonada del porqué de la misma. Dentro del plazo legal al efecto establecido, la autoridad competente, según lo dispuesto en el número uno del artículo de referencia, antes de proceder a la firma o aprobación de la calificación propuesta, comprobará si su contenido corresponde con las definiciones establecidas en los párrafos I y II del artículo tercero de este Decreto, con especificación de los requisitos señalados en el párrafo anterior. Caso de no existir justificación, promoverán que dicha calificación provisional sea disminuida o desechada”.

Una vez vistas estas variantes, concluimos que el Estado español presenta, bajo el prisma de la legislación de secretos actualmente vigente, un sistema de clasificación legal-formal combinado con otro de corte material. Legal- formal por cuanto que secreto es lo que se define como tal, con independencia de su contenido o materia, pues no son estos factores los determinantes de su carácter secreto, sino *el hecho* de que así se establezca formalmente. Esa definición, además, se hará bien a nivel Constitucional (por ejemplo, el secreto de las comunicaciones), bien a nivel de norma con rango de Ley (como puedan ser los créditos destinados a gastos reservados). Y también secreto material, por cuanto que determinados bloques o categorías de materias se han clasificado como secretos (como ha ocurrido con algunos Acuerdos del Consejo de Ministros) atendiendo a la naturaleza o características del material clasificado. Evidentemente también se podrán dar en nuestro sistema otras variantes del secreto que dependerán de distintas circunstancias. Así, y en principio, el secreto también será teleológico o instrumental, al menos en el ámbito público (que es en el que nos desenvolvemos al hablar de secretos de Estado), pues la clasificación deberá venir determinada por el fin de proteger la seguridad del Estado y la defensa nacional, y en el ámbito del deber-ser de un Estado de derecho, también estaremos ante un secreto con elemento objetivo legal que debe tener a su vez un objeto legal. En cuanto al ámbito en el que se mueve este estudio, también diremos que se trata de un secreto evidentemente público e institucional que procederá ora del Consejo de Ministros ora de la JUJEM, aunque en otras ocasiones también podrá venir de las propias Cortes Generales.

Evidentemente, no podemos descartar que puntualmente puedan darse secretos fácticos dados por la pérdida o sustracción de determinados documentos, archivos, expedientes, etc. que son propiciados más por un mal funcionamiento o negligencia de aquellas autoridades obligadas a su custodia que por un deseo expreso de que un determinado material tenga dicha condición. En este caso, por tanto, faltaría el elemento volitivo al que se hacía mención al principio del presente capítulo como un componente esencial del secreto, pero aun así, estimamos que este tipo de secretos son los realmente inexpugnables, pues al igual que si ya de por sí es difícil que se produzca la desclasificación por parte de las autoridades públicas de oficio, de auto de fe podría considerarse el esperar recuperar una documentación una vez extraviada o perdida en el prolijo laberinto de archivos y registros administrativos.

Con todo, estimamos oportuno aportar una definición personal sobre el término objeto del presente trabajo. Para ello, proponemos como

definición de los **Secretos de Estado** (u “oficiales”²⁴) aquellos que se establecen por interés **público** mediante los que determinadas **informaciones o documentos** del **Ejecutivo** se ocultan del conocimiento **de particulares, otros poderes u otros Estados** bien por razón de la **materia con el correspondiente acto de clasificación o bien por Ley** a través de la decisión voluntaria y unilateral de los poderes públicos correspondientes—**Ejecutivo²⁵ o Legislativo**— con el fin

²⁴ La LSO hace referencia a “Secretos Oficiales”. Para SÁNCHEZ FERRO con MORENO CATENA, SEGRELLES DE ARENAZA, REBOLLO VARGAS y FERNÁNDEZ ALLÉS, finalmente no existe verdadera diferencia entre ambos términos, si bien sería preferible el uso del término “secretos de Estado”, pues el de “secretos oficiales” podría inducir a confusión y llevar a creer que el objeto de la regulación es más amplio de lo que en realidad es. Así, OTERO GONZÁLEZ, que utiliza indistintamente un concepto como otro, entendería que con la expresión “secretos oficiales” se podrían incluir los secretos de otros poderes como los de sumario, propios del Poder Judicial o como los tributarios o estadísticos propios de la Administración. Para la autora, secretos oficiales hace referencia a los propios de la función pública cuyo fin es la protección del interés público en general, mientras que los secretos de Estado “se fundamentan en la necesidad de prevenir daños al concreto interés de la seguridad del Estado. Por ello, acaba concluyendo que el término secretos oficiales comprende tanto los secretos de Estado como aquellos otros específicamente calificados como tales por una Ley. Para ABA CATOIRA, Ana, en “El secreto de Estado y los Servicios de Inteligencia”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol*, nº 38/39, Valencia, 2002, los secretos oficiales y los secretos de Estado son conceptos diferentes pues por “secretos oficiales entendemos el secreto en sentido amplio como no publicidad de los asuntos públicos, que pueden pertenecer al ámbito Legislativo, Ejecutivo o Judicial; mientras que por secretos de Estado entendemos secretos en materia de seguridad y defensa nacional, que es el bien jurídico protegido por la LSO según establece su art. 2”. Personalmente, consideramos más oportuno la alusión a Secretos de Estado pues son los que más se circunscriben a la protección de la defensa y la seguridad del Estado concebido en su unidad. Al introducir el término “oficial”, entendemos que no solo se podrían incluir los secretos de otros poderes, sino de otras organizaciones territoriales como las Comunidades Autónomas o Entidades Locales, que como veremos más adelante, las hemos descartado del concepto de secreto de Estado al no estar legitimadas para establecerlos ya que responden a razones de protección de la seguridad del *Estado* o la defensa nacional. De otra parte, el término oficial trasciende a todo aquello que resulta legítimo por proceder de una autoridad pública. Sin embargo, ese marchamo de legitimidad entendemos que es demasiado pretencioso, pues éste lo debe dar de forma definitiva el Poder Judicial una vez que se haya comprobado que la clasificación o desclasificación se ha realizado de acuerdo con la Ley.

²⁵ En este caso, la LSO habla tanto del Consejo de Ministros como de la Junta de Jefes de Estado Mayor (JUJEM), con independencia de que algunos autores como FERNÁNDEZ RAMOS mantengan que esta atribución no concuerda con la estricta lógica de las funciones de la JUJEM atribuidas en el art. 11.2 de la L.O. 1/1984, por la

de preservar la **seguridad del Estado y la defensa nacional**, estando sometidos al **control permanente del Parlamento y en determinadas circunstancias al del Poder Judicial** (en lo que respecta a los actos reglados o “jurídicamente asequibles”, derechos fundamentales, indemnizaciones y la investigación de los delitos –pues la mayoría de las vulneraciones de los derechos fundamentales en juego implican la comisión de delitos-).

5.- La protección del Estado como fin: ¿Estado-aparato, Estado-comunidad o Estado-ordenamiento? Preferencia por el concepto integrador de “Estado-ordenamiento” en su acepción de Estado de derecho, democrático y social.

En este punto, cabe preguntarse qué Estado se quiere proteger con el Secreto y si cualquier tipo de Estado justifica la existencia del Secreto. Se plantea así el clásico enfrentamiento entre dos concepciones antagónicas del Estado: Estado comunidad frente al Estado aparato. Para cierto sector doctrinal²⁶, el Estado que se pretende preservar debe ser el

que se regulan los criterios básicos de la Defensa nacional y la Organización Militar en torno a su papel de mero órgano de asesoramiento del Presidente del Gobierno y el Ministro de Defensa y de coordinación militar de los tres ejércitos. Su dependencia del Ministerio de Defensa impediría que este órgano pueda adoptar decisiones autónomas en este sentido (POMED SÁNCHEZ y CASTELLS ARTECHE). Según FERNÁNDEZ RAMOS, debe por tanto reservarse esta competencia al Gobierno, en el sentido de órgano complejo, sin que exista inconveniente a la atribución de la misma a algunos de sus miembros –Ministros de Interior y Defensa- en el ámbito de sus competencias. De otra parte, el traspaso del CNI al Ministerio de la Presidencia, desvinculándolo del Ministerio de Defensa mediante Real Decreto 199/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, parece apuntar en esta dirección en cuanto a una progresiva desvinculación de las decisiones relativas a la seguridad y la defensa de la cúpula castrense. Por último, y como argumento de mayor peso, se debe poner de manifiesto que, en la actualidad, la JUJEM ni siquiera es un órgano existente en la estructura orgánica de la Defensa pues la propia Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre de la Defensa nacional (que deroga la Ley Orgánica de Defensa nacional y Organización Militar) ni siquiera la menciona y parece “sustituirlo” por el Consejo de Defensa nacional (CDN) al definirlo en su art. 8.1 como el “órgano colegiado coordinador, asesor y consultivo del Presidente del Gobierno en materia de Defensa” y aglutinar entre otros a los Jefes de Estado Mayor en la composición del mismo en el art. 8.5.e) de la citada Ley.

²⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, S., siguiendo a VILLAVEVERDE MENÉNDEZ y GARCÍA HERRERA, en “El derecho de acceso a los documentos administrativos”, Marcial Pons, Madrid, 1997, p.470. Mantiene que “cuando la Constitución –art. 8.1- establece que las fuerzas armadas tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional y ordena –

representado por la comunidad, por los propios ciudadanos (Nación) pues así se corresponde con el concepto de Estado democrático, lejos de la protección del “estado aparato” propio de los Estados totalitarios o autoritarios en los que, en alusión a la llamada “razón de Estado”, el objeto o bien a proteger viene constituido por el propio partido político en el Gobierno, siendo en este caso el secreto el instrumento para proteger a una élite reducida dentro del Estado constituida por todos los integrantes del régimen o miembros del partido. La seguridad del Estado se confunde así con la del propio régimen y sus dirigentes, ocultándose cualquier asunto que sea adverso al mantenimiento del poder desde un punto de vista político. Así lo expresa el magistrado XIOL RÍOS en el voto particular a la STS. de 4 de abril de 1997 (FJ 5º) cuando mantiene que,

“Cerrar el paso a esta afirmación[la de la necesidad de sacrificar el valor constitucional de la seguridad del Estado cuando lo exija el principio de proporcionalidad], recabando para el Gobierno una «exclusividad en la autoría de actos políticos exenta por principio del control jurisdiccional encaminado a evitar el sacrificio de los derechos fundamentales», sería, a mi juicio, grave, pues equivaldría a recluir el mundo de las decisiones políticas, en este caso el de las decisiones de Gobierno sobre los secretos de Estado, en el mundo cerrado de **su propia lógica política ajena a la lógica del Estado de derecho**. Esto estaría muy próximo a la recuperación del concepto de la «razón de Estado», que precisamente por constituir la reivindicación de **un sistema informado por unos principios políticos autónomos respecto del sistema jurídico ha periclitado en el mundo contemporáneo, se considera como la negación misma del Estado de derecho, y no hay que insistir en que es, hoy, abiertamente contraria a nuestro sistema constitucional**”.

Así ocurrió en nuestro país con los Códigos penales de 1928 y especialmente el de 1944²⁷ que acaban por utilizar una fórmula mucho más amplia que la de secretos de Estado como es la de “secretos políticos” a través de los cuales el secreto no solo se extendía a cuestiones que afectaran a la defensa nacional o seguridad exterior del Estado, sino a aquellos asuntos que pudieran resultar incómodos para los dirigentes o de utilidad para tener “atada” a la sociedad, pues el ilícito penal no se vincula a que la información se facilitase al enemigo de España ni a la seguridad o defensa del Estado. En contra de las posturas enumeradas al principio favorables a la protección única del Estado-comunidad, se manifiestan algunos autores²⁸ para quien la protección que otorga el secreto se refiere no solo al “Estado aparato” sino también “igualmente y no en menor medida a la organización política” que la Constitución prefigura.

art. 30.1- que los españoles tienen el derecho y el deber de defender a *España*, parece claro que se está refiriendo al estado-comunidad y no al Estado-aparato”.

²⁷ Art. 122.6.

²⁸ POMED SÁNCHEZ, L.A.: “El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”, INAP, Madrid, 1989, p. 222.

Personalmente, consideramos que la titularidad de los secretos corresponde al Estado concebido como persona jurídica, pues se trata de secretos públicos de poderes que configuran a aquél como tal. Otra cosa sea cuál es el objeto de protección con estos secretos. Pensamos que éste está configurado tanto por el Estado-aparato como por el Estado-comunidad²⁹ pues son conceptos que de suyo van unidos dentro del Estado-ordenamiento, según se dispuso por la doctrina italiana³⁰. El Estado-comunidad, configurado por todos los españoles como comunidad política o Nación y el Estado-aparato como Estado-Gobierno u organizaciones que ejercen el poder supremo, constituyen a su vez el Estado-ordenamiento como persona jurídica unitaria que comprende diversos elementos (territorio, población, poder, Derecho) y que actúa como tal en la esfera internacional. El daño del Estado-comunidad o del Estado-aparato redundará por tanto en el Estado-ordenamiento, pues es éste el Estado que se pretende defender en la acepción a la que precisamente se hace referencia en el artículo 1.1 CE. En las distintos tipos de acepciones del secreto mencionadas anteriormente podemos considerar que nos encontramos ante un secreto de carácter público con un carácter teleológico o instrumental configurado por la protección del Estado-ordenamiento en su acepción de Estado democrático y social de derecho.

Lo que consideramos que queda excluida en cualquier caso de la protección son la *exclusiva* seguridad del Gobierno y el partido político que lo sustenta. De ahí que lo que quede también fuera del ámbito de protección sea la categoría contemplada en pretéritos códigos penales conocida como “secretos políticos”. Por ello, se puede también afirmar que no cualquier tipo de Estado justifica el secreto, o al menos el secreto concebido como aquel que protege al Estado-comunidad, quedando excluidos los estados autoritarios o no democráticos sobre los que existe *a priori* una presunción de uso partidista para la protección del régimen a toda costa como sistema, prescindiendo de los intereses de la comunidad como Nación. En nuestros días, este peligro ya no es tan

²⁹ GARCÍA HERRERA, M.A.: “Estado democrático y libertad de expresión”, II, Revista Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº.65, 1982. p.166. Afirma que la seguridad que defiende la Constitución es una “seguridad referida al Estado en su *globalidad*, al Estado-ordenamiento, y no reconducible *simplemente* al Estado-aparato”.

³⁰ LÓPEZ GUERRA, L.: “Sobre la personalidad jurídica del Estado”, Revista del Departamento de Derecho Político, nº 6, 1980, p.32 y ss. menciona a MORTATI y cita algunos ejemplos del Estado-ordenamiento dentro de la Constitución de 1978 como en los artículos 1.1 (Estado social y democrático de derecho), 11.3 (El Estado podrá concertar Tratados), 94.1 (la prestación del consentimiento del Estado para obligarse mediante Tratados o Convenios), 94.1.c) (Tratados o Convenios que afecten a la integridad territorial del Estado) o el 97 (El Gobierno dirige la defensa del Estado).

evidente pues no son muchos los regímenes dictatoriales o autoritarios que existen y que, en cualquier caso, terminan sucumbiendo como consecuencia de distintas revueltas sociales y de la presión internacional. El riesgo que hoy día impera verdaderamente y que se manifiesta de manera más velada consiste en la utilización de los secretos para proteger los intereses de los distintos partidos políticos en el poder y su mantenimiento en el mismo dentro de sistemas aparentemente democráticos pero que en realidad no son más que una partitocracia en la que el partido lo es todo y lo justifica todo bajo una apariencia de democracia. Incluso y con un efecto paradójico, pudiera ocurrir que precisamente esos sistemas democráticos o aparentemente democráticos se convirtieran en otra cosa bien distinta, llegando a asimilarse a los regímenes políticos que combate y abrazando técnicas propias de Estados totalitarios o autoritarios en un proceso de mimetismo. El Estado democrático sucumbe víctima de su partidismo o de su celo en la lucha contra otros sistemas políticos antagónicos. Sucumbe pues de narcisismo o mimetismo. Y en un Estado democrático de derecho o el sistema es íntegro o no hay sistema. Y hoy día parece que a lo más que podemos llegar es a una apariencia de integridad o de legalidad y no al auténtico respeto de ambos principios.

De otra parte, sustentamos que el Estado soberano al que se defiende (junto con la comunidad que lo constituye) no se puede circunscribir solo a su faceta de democrático, sino que abarca también otras cláusulas como su carácter social³¹ o de derecho pues el artículo 1.1 CE define el Estado español en función de estos tres elementos configuradores sin que pueda defenderse al Estado español sino es en una acción dirigida al mismo concebido en su integridad y no solo en función de alguno de sus principios configuradores. El hecho de que el carácter democrático conlleve la nota de participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, no quita para que sea precisamente el Estado el que debe velar porque todos los ciudadanos participen en la vida política, económica, cultural y social, removiendo los obstáculos arbitrarios que impidan el acceso a la información en condiciones de igualdad y porque sea el derecho precisamente el que establezca las reglas y condiciones en que se realice dicha participación.

No podemos olvidar, por otro lado, que el art. 10 CE dispone que el respeto a la Ley y los derechos fundamentales es lo que sirve de

³¹ En contra, POMED SÁNCHEZ, L.A.: *Op. cit.* p.226., que opina que la finalidad de la seguridad nacional está dirigida no solo a “la salvaguardia de las notas de soberanía e independencia en el ámbito exterior”, sino también a “la protección de las grandes instituciones constitucionales frente a todo intento de hacer perecer las mismas por medios ilegítimos, no debiendo extenderse esta figura a aquellas cláusulas que, como es el caso de la relativa al *Estado social de Derecho*, son susceptibles de imbricar un contenido amplio y, por esta razón, susceptible de ser sometido a variaciones”.

fundamento para “el orden político y la paz social” que es precisamente lo que se trata de garantizar con el secreto y que el art. 17 CE reconoce y garantiza el derecho a la seguridad individual cuyo sumatorio redundará inevitablemente en la seguridad de la Nación. Asimismo, no es baladí dejar constancia de un fenómeno constatado en la realidad de los Estados como es el hecho de que la violencia y la inseguridad se desencadenan como consecuencia de la violación de los derechos fundamentales. Es por ello por lo que concluimos que la salvaguarda de los derechos fundamentales y las libertades públicas supone una garantía de la seguridad del Estado y la defensa nacional como bienes y valores constitucionales objeto de protección a ultranza del secreto.

6.- Secreto de Estado como decisión discrecional del Gobierno en función de la posible afectación al concepto jurídico indeterminado de la seguridad del Estado y la defensa nacional.

Llegados a este punto, nos gustaría avanzar una última cuestión acerca del concepto de secreto de Estado y es en torno a si se trata de un concepto jurídico o político, si bien la cuestión se tratará con más detalle en otro capítulo. En principio, consideramos el mismo como un concepto jurídico (al estar incluido y regulado en la Constitución y las Leyes) que tiene su razón de ser u origen en una decisión discrecional cual es la decisión de clasificar o no una determinada documentación o información. Para ser más precisos en su concepción, deberíamos definirlo como un concepto jurídico indeterminado³² con un origen en una decisión discrecional del Gobierno, pues es inevitable que al venir vinculada su existencia con la de la seguridad del Estado, éste último le transmita esta condición al término del que trae causa.

De ello se derivarían consecuencias importantes ya que de un lado, permitiría su control al igual que, como intentaremos justificar más adelante, se admiten los controles propios de este tipo de actos emanados de la Administración. De otro, que los controles serán los propios de una de las formas de discrecionalidad como es la interpretativa que permite la exégesis de un concepto de diferentes maneras al no estar su objeto perfectamente definido o delimitado de manera suficiente, bien sea por falta de regulación legal, bien por su propia naturaleza que haga de él una realidad inabarcable apriorísticamente y sí susceptible de

³²En este sentido, el juez SALA SÁNCHEZ en la STS. de 4 de abril de 1997 (Recurso 726/1999) parece distinguir lo que sea el secreto de Estado frente a lo que se pretende proteger con el mismo que es la seguridad del Estado como “concepto jurídicamente asequible” utilizado por parte del Tribunal para determinar lo que afecta a la seguridad del Estado, afirmando que “sin constatar títulos habilitantes específicos y sin desvelar qué parte pudiera entenderse definida jurídicamente de ese concepto jurídico indeterminado en que la seguridad del Estado consiste, se le erige en término de comparación con el derecho a la tutela Judicial efectiva”.

interpretación y ponderación en cada caso, atendiendo a las circunstancias en juego.

No puede ser de otra forma, pues el acto político como acto exento de control, está prácticamente periclitado en nuestros días en gran medida por la reforma auspiciada mediante la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuyo artículo 2.a) se hace referencia al control de esta jurisdicción sobre los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, *cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos*, quedando dicho control plasmado competencialmente en el art. 58 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que residencia en el Tribunal Supremo la potestad para conocer de los actos y disposiciones del Consejo de Ministros.

Por tanto, suscribimos lo que algunos autores³³ han considerado como “la muerte del acto político” ya que dicha categoría carece del sentido que se le atribuía en épocas pretéritas en las que se les excluía del control Judicial. Así, tanto los actos discrecionales como los actos políticos del Gobierno bien pudieran considerarse como categorías equiparables aunque solo sea a los efectos de ser susceptibles de control Judicial, si bien es cierto, que en el caso de los segundos, ese control se circunscribe a determinados aspectos como son los específicos del art. 2.a) de la Ley mencionada, esto es, tanto la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, como los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos. El control de la discrecionalidad sin embargo se dirigiría más bien al análisis de la finalidad del acto, de su motivación, su sometimiento a un juicio de razonabilidad, etc., que por otra parte, no dejarían de ser más que manifestaciones de los elementos reglados del acto. Admitiendo esta posible diferenciación, postulamos de nuevo que la clasificación o desclasificación de documentos serán actos discrecionales o meramente Ejecutivos del Gobierno, pues carecen de las características que veremos más adelante como propias del acto de dirección política del Gobierno como pueden ser las de impulso o iniciativa originaria, de creatividad, innovación o diseño en la configuración de políticas públicas lejanas a la mera ejecución de normas legales y el cumplimiento de sus aspectos reglados como ocurre, según pensamos, a la hora de proceder a la clasificación o desclasificación en aplicación e interpretación de la Ley de Secretos Oficiales y el Reglamento que la desarrolla.

³³JORDANO FRAGA, J.: “¿Jaque mate al acto político?”, Revista Española de Derecho Administrativo, núm.95, 1997.

CAPÍTULO II

HITOS HISTÓRICOS EN LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DE LOS SECRETOS DE ESTADO Y DE LOS ACTOS POLÍTICOS DEL GOBIERNO. DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SECRETOS A LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL SECRETO.

1.- Tratados Internacionales: primeros objetivos del secreto; 2.- Antecedentes históricos en la evolución del control de los actos políticos en la jurisdicción contencioso-administrativa. De los actos políticos o de Gobierno a los Actos del Gobierno; 3.- Evolución en las Constituciones españolas y otras Leyes: Inderogabilidad inicial de los artículos públicos de un Tratado Internacional por los de carácter secreto y posterior carácter no vinculante de los Tratados Internacionales secretos. La seguridad del Estado como causa de suspensión de derechos fundamentales. Primeras atribuciones competenciales de clasificación al Poder Ejecutivo: El Rey por vía indirecta con la atribución de materias susceptibles de clasificación; 4.- Códigos Penales: de la separación entre delitos contra la seguridad interior y exterior a los delitos de traición y delitos contra el Estado; 5.- La apertura de España al exterior. Internacionalización de los secretos condicionada por Tratados y Organizaciones Internacionales; 6.- Referencias al secreto en el derecho internacional. Especial consideración del derecho de la UE y de las Cartas de Derechos Fundamentales.

1.- Tratados Internacionales: primeros objetivos del secreto.

Se hace necesario hacer previamente una distinción en lo que respecta a los antecedentes históricos, pues no son los mismos para el Estado, que para el secreto que para los Servicios de Inteligencia, todos ellos implicados en mayor o menor medida en el concepto de secreto de Estado.

El origen³⁴ de los Servicios de Inteligencia en España a nivel interior se encuentra en la guerra de la Independencia³⁵ mientras que los Servicios de Inteligencia a nivel exterior se originan en el siglo XVI con el reinado de Felipe II cuando el Estado comienza a configurarse de

³⁴ RUIZ MIGUEL, C.: “Servicios de Inteligencia y seguridad del Estado constitucional”, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

³⁵ Para ABA CATOIRA, A.: *Op. Cit.* el origen es anterior, hacia el 1478, y cita como ejemplo a “la Inquisición Española que dependía de los Reyes Católicos que designaban a los inquisidores y los destituían libremente. La Inquisición era una Institución de control político que actuaba en todo el territorio español con independencia de los distintos reinos. Los Tribunales del Santo Oficio eran Estado y sus funciones iban más allá del control religioso de la ciudadanía, proporcionando grandes cantidades de información a la Administración central”.

manera similar al concebido en nuestros días. Respecto de los secretos, como concepto independiente a su acepción estatal, se puede decir que existen desde el origen de la humanidad y los estudios sobre los mismos se originan en la monarquía absoluta con los *arcana imperii*, si prescindimos previamente de las obras y reflexiones sobre el mismo en el mundo premoderno (referencias Bíblicas en el Libro de JOSUÉ³⁶ o Libro de los Números³⁷, la antigua China con SUNT TZU³⁸ o el caso de la Antigua Grecia con pensadores como PLATÓN, KANT o ARISTÓTELES). Lo que parece obvio en la evolución histórica de los secretos es que a medida que se va evolucionando hacia la democracia y se olvidan los sistemas absolutistas o autoritarios, la demanda de transparencia es mayor y la confianza de la población en los Gobiernos es fundamental, pues éstos dependen en gran medida de la opinión pública y del apoyo popular, factores éstos que son ajenos a los sistemas totalitarios en los que el poder del Rey o el monarca no se cuestiona por lo cual la opinión pública deja de ser trascendente y la legitimidad del secreto no se hace dudosa. En cualquier caso, estos regímenes en la práctica se caracterizan por un abuso tanto de la falta de transparencia en sus acciones como del secreto, pues el conocimiento lo consideran en sí mismos como poder o fuente del mismo.

³⁶ Cap. 2, vers. 1.: “Josué hijo de Nun envió desde Sitim dos espías secretamente, diciéndoles: Andad, reconoced la tierra, y a Jericó. Y ellos fueron, y entraron en casa de una ramera que se llamaba Rahab, y posaron allí”.

³⁷ Cap. 13, vers. 17 a 20.: “Los envió, pues, Moisés a reconocer la tierra de Canaán, diciéndoles: Subid de aquí al Neguev, y subid al monte, observad la tierra cómo es, y el pueblo que la habita, si es fuerte o débil, si poco o numeroso; cómo es la tierra habitada, si es buena o mala; y cómo son las ciudades habitadas, si son campamentos o plazas fortificadas y cómo es el terreno, si es fértil o estéril, si en él hay árboles o no; y esforzaos, y tomad del fruto del país..”.

³⁸ “El Arte de la Guerra”: Capítulo XI: “Consolida la energía más entusiasta de tus tropas, ahorra las fuerzas sobrantes, mantén en secreto tus formaciones y tus planes, permaneciendo insondable para los enemigos, y espera a que se produzca un punto vulnerable para avanzar”.

Capítulo XI: “Corresponde al general ser tranquilo, reservado, justo y metódico. Sus planes son tranquilos y absolutamente secretos para que nadie pueda descubrirlos. Su mando es justo y metódico, así que nadie se atreve a tomarlo a la ligera”.

Capítulo IX: “El rigor en los cuarteles generales en la fase de planificación se refiere al mantenimiento del secreto”.

Capítulo XIII: “En consecuencia, nadie en las fuerzas armadas es tratado con tanta familiaridad como los espías, ni a nadie se le otorgan recompensas tan grandes como a ellos, ni hay asunto más secreto que el espionaje”.

Ya hemos dicho, no obstante, que tan peligroso o más puede resultar un sistema democrático de aparente transparencia en el que teóricamente se pretenda velar por bienes como la seguridad del Estado y la defensa nacional, cuando lo que realmente se quiere proteger y encubrir son los intereses del partido político en el Gobierno y en que los secretos se establecen de manera más sutil a través de mecanismos tan tristemente comunes en la actualidad como la elección por el partido político en el poder de los dirigentes y periodistas de los medios públicos de comunicación, mediante la disciplina de voto en las Cortes, la prohibición de acceso a los archivos y registros del partido por los propios militantes, la marginación o el ostracismo de los disidentes a las consignas del partido (lo cual comporta una limitación indirecta de la libertad ideológica y de expresión), etc.

Respecto al origen del Estado³⁹ en su acepción moderna surgido de la Paz de Westfalia (1648), no parece necesario por ya sabido insistir en el devenir histórico del mismo desde la Antigüedad (Antiguo Egipto, Imperio romano, etc.) hasta nuestros días, pasando previamente por los reinos o territorios feudales propios de la Edad Media. Lo que sí entendemos interesante es el hilo conductor del devenir histórico del concepto y no es otro que la guerra o la posibilidad de ésta primero entre reinos o territorios feudales y posteriormente entre Estados-nación como mecanismo para acaparar mayor poder o al menos de mantener como mal menor su independencia frente a amenazas del exterior, el libre ejercicio de la soberanía y su integridad territorial. En esta evolución, se llega a un momento en que las exigencias de los conflictos bélicos propician la creación de un aparato burocrático moderno y especializado a través de Consejos, Audiencias y Cancillerías (en España, será Felipe II el máximo exponente de esta nueva forma de gobernar). Dentro de este entramado burocrático, debemos destacar desde el punto de vista etimológico⁴⁰, por su relación con el eje de la tesis, la del Secretario de Estado, que se ha venido reconociendo en todas las Constituciones españolas desde la de Cádiz en 1812 y cuyo origen proviene de *Minister a Secretis* que es precisamente aquella persona encargada de los secretos del Estado.

Los Estados no aceptan pues la autoridad de otros y se ven sometidos a la lucha por el poder entre ellos. Es por tanto el deseo de mantener o extender la soberanía de los Estados (y las consiguientes guerras o su mera posibilidad) lo que provoca en su fase iniciática el surgimiento del espionaje y de los secretos. Con la obtención de información se trata de anticiparse a las decisiones de otros Estados,

³⁹ DE GABRIEL, JOSÉ ANTONIO: "La formación del Estado moderno" en "Manual de Ciencia Política" (DEL AGUILA, RAFAEL), Ed. Trotta, Madrid, 1997, 2000.

⁴⁰ FERNÁNDEZ ALLÉS, JOSÉ JOAQUÍN: *Op. Cit.*

adoptando las medidas necesarias para el mantenimiento o reforzamiento de la seguridad (alianzas con otros Estados, reforzamiento de las fuerzas militares, compra de armas, medidas de contraespionaje, etc.). Si el iusracionalismo del siglo XVII hace surgir al Estado fruto del “pacto social” a raíz de la “concesión” que el pueblo hace voluntariamente del poder a aquél con el fin de que mantenga la seguridad como único detentador legítimo de la coacción y la violencia física y si el fin legítimo del secreto es la seguridad del Estado, podemos concluir pues que es la seguridad el elemento común que da origen y legitima a ambos conceptos.

En las Constituciones Españolas no se menciona de manera literal o expresa el término secreto de Estado, aludiéndose únicamente de manera indirecta a la idea de secreto en algunas de ellas, bien a través de la nomenclatura de ciertas instituciones, bien para contemplarlo respecto de algunos Tratados Internacionales suscritos con este carácter y que surgen precisamente para intentar conciliar las relaciones entre los Estados o respecto a los principios de Seguridad del Estado y defensa nacional (tal y como ocurre con la Constitución de 1978 al mencionarlos como aquellos bienes que justifican la imposibilidad de acceso a determinados documentos).

Es sin embargo en la Constitución de 6 de julio de 1869 donde podemos encontrar la primera mención literal al término secreto en su artículo 74.4 en el que se dice que,

“El Rey necesita estar autorizado por una ley especial:....

*4º. Para ratificar los tratados de alianza ofensiva, los especiales de comercio, los que estipulen dar subsidios a una potencia extranjera, y todos aquellos que puedan obligar individualmente a los españoles. En ningún caso los artículos **secretos** de un tratado podrán derogar los públicos”.*

En este caso, llama la atención que siendo el Rey el Poder Ejecutivo, se le exige la autorización del Legislativo (“por Ley especial...”) para la ratificación de Tratados que guardan, aunque sea por la materia (alianza defensiva, comercio, subsidios a potencia extranjera, etc.), una estrecha vinculación con el secreto. Por tanto, el secreto respecto a un bloque de materias necesita de un control *a priori* por parte del Parlamento sin que el Rey pueda actuar libremente en su actividad de dirección política. De otra parte, no se priva de vigencia a los Tratados Internacionales secretos, sino que solamente se le priva de eficacia derogatoria a aquellos artículos secretos del mismo respecto de aquellos que han gozado de publicidad, dando por tanto un trato descalificatorio a aquellas normas aprobadas al albur de la reserva, restándoles legitimidad o jerarquía.

Continuando con la evolución histórica del constitucionalismo español, el artículo 55 de la Constitución de 30 de junio de 1876 se manifiesta como una copia exacta del artículo 77 mencionado anteriormente, suponiendo una clara opción por el continuismo.

El artículo 76 de la Constitución Española de 9 de diciembre de 1931, dentro de las competencias reconocidas al Presidente de la República dispone que,

“Los Tratados de carácter político, los de comercio, los que supongan gravamen para la Hacienda pública o individualmente para los ciudadanos españoles y, en general, todos aquellos que exijan para su ejecución medidas de orden Legislativo, sólo obligarán a la Nación si han sido aprobados por las Cortes..... Los Tratados y Convenios secretos y las cláusulas secretas de cualquier Tratado o Convenio no obligarán a la Nación”.

Parece que en esta Constitución se incorpora un cambio respecto a las anteriores, pues en esta ocasión, a pesar de mantener el permiso del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo representado en este caso por el Presidente de la República para la ratificación de ciertos Tratados, no reconoce carácter vinculante a los de carácter secreto, mientras que en las Constituciones anteriores solo se afirmaba que éstos no podían derogar los de carácter público pero en ningún caso que su naturaleza no fuese vinculante jurídicamente. Parece pues, que el secreto degrada la eficacia de las normas jurídicas a medida que se produce la evolución de nuestra historia constitucional al menos en cuanto a instrumentos de exigencia de derechos y obligaciones en las relaciones internacionales entre los estados soberanos. Se pasa de esta forma de un sistema en donde los tratados secretos vinculaban salvo que fuesen contrarios a los de carácter público, a otro bien distinto en donde ni siquiera se les reconocía vigencia en el mundo del derecho. En cualquier caso, parece establecerse una presunción por la que el secreto, en principio, es perjudicial para la seguridad y la coexistencia pacífica de los Estados, aunque resulta cuanto menos paradójico como el secreto es rechazado por los Estados (en este caso el español) cuando se instrumenta desde instancias ajenas como las organizaciones internacionales o con otros Estados, pues pueden poner en peligro su propia seguridad y soberanía, mientras que al mismo tiempo, se utiliza internamente sin el menor recelo para beneficio propio como mecanismo para salvaguardar aquéllas.

2.- Antecedentes históricos en la evolución del control de los actos políticos en la jurisdicción contencioso – administrativa. De los actos políticos o de Gobierno a los Actos del Gobierno.

En esta tesitura y sentado lo anterior, creemos conveniente hacer también un análisis de la evolución que sufre el control de los actos políticos en la legislación contenciosa española⁴¹. Y ello, porque en gran medida, y como veremos más adelante, la cuestión de los secretos del Estado acaba confluyendo inevitablemente en la teoría de los actos políticos o de dirección política del Gobierno, pues la clasificación y desclasificación de materias como objeto de secreto no dejan de ser actos que emanan del Gobierno con independencia de su consideración como actos políticos o meramente Ejecutivos. La regulación de este tipo de actos es, a la postre, la más pormenorizada que se hace históricamente sobre la cuestión, siendo interesante respecto a los secretos de Estado por su relación, aunque sea de manera indirecta, con el trato de los actos políticos o de Gobierno y posteriormente con la mención a los actos del Gobierno a través de las sucesivas leyes contencioso-administrativas, pues ya hemos visto que en otras normas la mención expresa de los secretos de Estado es bastante escasa por no decir inexistente.

Se ha postulado por la doctrina que el origen de los actos de orden político o de Gobierno reside en la Ley de Santa María de Paredes de 1888 y en el Reglamento de desarrollo de la misma de 29 de diciembre de 1890, al excluir en su art. 4 del control de la jurisdicción contencioso-administrativa “las cuestiones que pertenecen al orden político o de Gobierno”, si bien éstos no se reconocen como acto autónomo sino como acto administrativo con carácter discrecional. Es por ello, por lo que no tiene sentido hablar de la exclusión de la jurisdicción contenciosa a materias que no están desvinculadas totalmente de la Administración. Ocurre igual, por ejemplo, con la Ley de la Jefatura del Estado de 18 de marzo de 1944, en cuyo artículo 2 se dispone la exclusión de la jurisdicción contencioso-administrativa de determinados actos de orden político o de Gobierno pero que emanan de la Administración. Así,

“quedan excluidas del recurso contencioso-administrativo, como pertenecientes al orden político o de Gobierno, las resoluciones que la Administración dictare en aplicación y ejecución de las Leyes y disposiciones referentes a la depuración de responsabilidades políticas, desbloqueo, prensa y propaganda y abastecimientos”.

Será con la separación clara del acto discrecional del acto de Gobierno cuando comience a cobrar sentido la exclusión del control de éstos últimos a la jurisdicción ordinaria al ser ajenos a ella. El acto entonces se excluye no porque sea discrecional, sino porque no forma parte del ámbito estrictamente administrativo. Así se expresará posteriormente en la Ley de Jurisdicción Contencioso – Administrativa de 1956, al definir en su Exposición de Motivos entre aquellas materias

⁴¹ GARRIDO CUENCA, NURIA: “El Acto de Gobierno”, ed. Cedecs, Barcelona, 1998.

ajenas a la jurisdicción “los actos políticos, que no constituyen una especie de género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de la discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales”.

En el art. 24 del Proyecto de Ley Jurisdiccional de 26 de enero de 1881 se hace objeto de exclusión no solo a las “cuestiones de orden político y de Gobierno” sino también a la “defensa del territorio, salud e higienes públicas y orden público”. Todas ellas materias, que desde una perspectiva actual, pueden ser susceptibles de actos clasificatorios del Gobierno. No obstante, existe abundante jurisprudencia anterior en el que se califica a una gran cantidad de actos como políticos aunque vinculados a materias de dudoso carácter político por lo que se concluye que dicho carácter se confiere del criterio del fin perseguido más que por el criterio material.

Volviendo a la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956, en el art.2.b) de la misma se excluyen de su conocimiento una serie de cuestiones en función de la materia a la que afectan. Así, se mencionan “las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa”. En este caso, la exclusión del control jurisdiccional será más o menos polémica, pues solamente quedan excluidos los actos políticos o de Gobierno y, por tanto, la actividad clasificatoria o desclasificatoria solamente quedaría excluida de dicho control en el caso de que le otorgáramos aquella condición por su relación o conexión con las materias enumeradas en el citado artículo.

Distinta se torna la cuestión con la reforma auspiciada en 1998, cuando en su artículo 2.a) se dispone que el control de la jurisdicción se extenderá a los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, *cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos*, es decir, que no se distingue entre los actos políticos o de Gobierno y los meramente Ejecutivos, extendiéndose a ambos como categorías que entran dentro de una más general como es la representada por los actos del Gobierno. Esta diferencia nos servirá para justificar en la presente tesis la posibilidad de la existencia de la discrecionalidad gubernamental (que no administrativa) y su control por esta jurisdicción, aunque “solo” sea respecto a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones.

Asimismo, con la nueva Ley ya no se incluyen como actos políticos del Gobierno las cuestiones relativas a la defensa nacional, la seguridad interior del Estado o las relaciones internacionales, por lo que *sensu contrario*, podemos desvincular estas materias de sus connotaciones políticas y considerarlas simplemente como actos del Gobierno sin más, pues si antaño se vinculaban con la esfera política, parece que ahora el legislador no determina *a priori* tal carácter por el mero hecho de afectar a estas materias. Puede ser éste pues, un argumento más para descartar la consideración de los actos clasificatorios y desclasificatorios como puramente políticos y la utilización de tal argumento para esgrimir su exclusión del correspondiente control Judicial.

3.- Evolución en las Constituciones españolas y otras Leyes: Inderogabilidad inicial de los artículos públicos de un Tratado Internacional por los de carácter secreto y posterior carácter no vinculante de los Tratados Internacionales secretos. La seguridad del Estado como causa de suspensión de derechos fundamentales. Primeras atribuciones competenciales de clasificación al Poder Ejecutivo: El Rey por vía indirecta con la atribución de materias susceptibles de clasificación.

En función de las argumentaciones realizadas anteriormente, también podemos encontrar los precedentes del secreto de Estado en las materias que podrían ser susceptibles de clasificación por parte del Poder Ejecutivo (Rey o Gobierno), aunque nada se diga en las Constituciones o las sucesivas Leyes de tal clasificación expresamente. De una indagación de las distintas Constituciones históricas españolas se concluye que el secreto oficial o de Estado y la actividad clasificatoria no son conceptos jurídicos o categorías de suficiente entidad como para ser contempladas en sus articulados. Ni siquiera en la actual se mencionan expresamente y debemos acudir a materias a las que se vinculan como en el artículo 97 (“Política interior y exterior”, “Administración civil y militar” y “defensa del Estado”) o el artículo 105.b) (“Seguridad y defensa del Estado”) que tratan respectivamente sobre las competencias del Gobierno y el régimen de acceso a los archivos y registros administrativos, esto es, sobre el régimen de publicidad de los asuntos públicos.

Siguiendo esta línea de investigación y dejando a un lado las evidentes diferencias de contexto histórico propio e incomparable que condicionan a cada una de las normas citadas, queremos sin embargo centrarnos en los precedentes del secreto dentro de las distintas Constituciones españolas así como en otras Leyes respecto de aquellas materias o decisiones que, bien como competencia exclusiva del Rey o bien con autorización de las Cortes, pudieran ser potencialmente o en hipótesis objeto del secreto a falta de su mención expresa, siendo en todo

caso el elemento común o eje de las mismas el concepto de seguridad del Estado que además, ya desde un principio, anticipa la justificación de la suspensión de determinados derechos y libertades.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA PROMULGADA EN CÁDIZ A 19 DE MARZO DE 1812

En su artículo 170 se menciona que,

*“La potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del **orden público** en lo interior, y a la **seguridad del Estado** en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes”.*

También se menciona la seguridad del Estado o el orden público como causas que permiten excepcionar el derecho a la libertad (artículo 172.11), la inviolabilidad del domicilio (artículo 306) y las competencias del Ayuntamiento de auxiliar al Alcalde (artículo 321.2).

En cuanto a la Defensa, el artículo 356 hace mención a la Fuerza militar permanente como competente para su mantenimiento en el exterior, así como la defensa del orden interior.

Por último, el artículo 171 establece una lista tasada de las “facultades” del Rey entre las que se encuentran materias que pueden ser perfectamente objeto de secreto o clasificación como declarar la guerra, y hacer y ratificar la paz, dando después cuenta documentada a las Cortes (ap.3º), proveer todos los empleos civiles y militares (ap.5º), mandar los ejércitos y armadas y nombrar los generales (ap.8º), disponer de la fuerza armada, distribuyéndola como más convenga (ap.9º), dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás potencias, y nombrar los embajadores, ministros y cónsules (ap.10º) o decretar la inversión de los fondos destinados a cada uno de los ramos de la administración pública (ap.12º).

Como único límite que se contempla a la autoridad del Rey respecto de algunas materias que pudiesen ser objeto de clasificación o secreto solo contemplamos en el artículo 172 la alusión expresa que se hace de las Cortes Generales. Así, por ejemplo, se hace con respecto a la enajenación, cesión o permuta de provincia, ciudad, villa o lugar, ni parte alguna, por pequeña que sea, del territorio español (ap. Cuarto); hacer alianza ofensiva, ni tratado especial de comercio con ninguna potencia extranjera (ap. Quinto), ni obligarse por ningún tratado a dar subsidios a ninguna potencia extranjera (ap. Sexto).

CONSTITUCIÓN DE 18 DE JUNIO DE 1837

El artículo 8 vuelve a insistir en la seguridad del Estado como causa que permite la suspensión de los derechos de libertad y el de inviolabilidad del domicilio.

Asimismo, el artículo 45 establece expresamente que,

*“La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del **orden público** en lo interior y a la **seguridad del Estado** con lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes”.*

Por otra parte, el artículo 47 atribuye al Rey algunas de las siguientes competencias: Declarar la guerra y hacer ratificar la paz, dando después cuenta documentada a las Cortes (ap.4º); disponer de la fuerza armada, distribuyéndola como más convenga (ap.5º); dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás Potencias (ap.6º); cuidar de la fabricación de la moneda (ap.7º) o decretar la inversión de los fondos destinados a cada uno de los ramos de la administración pública (ap.8º).

En el artículo 48 se mencionan aquellas materias para las que el Rey necesitará autorización de las Cortes como para enajenar, ceder o permutar cualquiera parte del territorio español (ap.1º); para admitir tropas extranjeras en el Reino (ap.2º), así como para ratificar los tratados de alianza ofensiva, los especiales de comercio y los que estipulen dar subsidios a alguna potencia extranjera (ap.3º).

CONSTITUCIÓN DE 23 DE MAYO DE 1845

En el artículo 8 se vuelve a repetir la fórmula de las anteriores Constituciones de manera que,

*“Si la **seguridad del Estado** exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la Monarquía, o en parte de ella, de lo dispuesto en el artículo anterior [en referencia a los derechos de libertad e inviolabilidad del domicilio], se determinará por una ley”.*

En cuanto a la enumeración de competencias que corresponden al Rey relacionadas con las materias susceptibles de ser sometidas a secreto encontramos algunas en el artículo 43 en cuanto que,

“La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del

orden público en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes”.

Por otra parte, y a través de un sistema de lista tasada, debemos mencionar el artículo 45 que atribuye al Rey, entre otras, las potestades para declarar la guerra y hacer y ratificar la paz, dando después cuenta documentada a las Cortes (ap.4º), disponer de la fuerza armada, distribuyéndola como más convenga (ap.5º), dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás Potencias (ap.6º), cuidar de la fabricación de la moneda, en la que se pondrá su busto y su nombre (ap.7º) y decretar la inversión de los fondos destinados a cada uno de los ramos de la administración pública (ap.8º).

Asimismo, el artículo 46 menciona aquellas potestades que deben someterse a la autorización del Poder Legislativo a través de una Ley. Así,

“El Rey necesita estar autorizado por una ley especial: 1º. Para enajenar, ceder o permutar cualquier parte del territorio español. 2º. Para admitir tropas extranjeras en el Reino. 3º. Para rectificar los tratados de alianza ofensiva, los especiales de comercio y los que estipulen dar subsidios a alguna Potencia extranjera”.

CONSTITUCIÓN DE 6 DE JUNIO DE 1869

Es en esta Constitución donde se menciona por primera vez el término “secreto” de manera expresa. Y se hace respecto a determinados artículos de los Tratados Internacionales y lo hace para establecer que éstos no podrán nunca derogar aquellos a los que se haya dado publicidad. Se produce así, una degradación inmediata de los artículos secretos frente a aquellos que son de conocimiento público pese a que durante el siglo XIX no existía instancia alguna que obligase a la publicidad de los Tratados o su articulado. Así, el artículo 74.4º al enumerar las competencias del Rey como cabeza visible del Poder Ejecutivo, establece que,

*“El Rey necesita estar autorizado por una ley especial:...Para ratificar los tratados de alianza ofensiva, los especiales de comercio, los que estipulen dar subsidios a una potencia extranjera, y todos aquellos que puedan obligar individualmente a los españoles. En ningún caso los artículos **secretos** de un tratado podrán derogar los públicos”.*

Por lo demás, y volviendo al criterio material o por “conexión” para encontrar antecedentes sobre la cuestión objeto de análisis, encontramos el artículo 74.1, 2 y 3 en el que de nuevo se exige la misma autorización del Poder Legislativo al Rey para enajenar, ceder o

permutar cualquier parte del territorio español, incorporar cualquier otro territorio al territorio español y admitir tropas extranjeras en el Reino respectivamente.

Asimismo, el artículo 69 reitera el monopolio del Ejecutivo al disponer que,

*“La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del **orden público** en lo interior y a la **seguridad del Estado** en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes”.*

Por último, y respecto a la suspensión de los derechos, con esta Constitución se amplía considerablemente el elenco de aquellos que pueden resultar afectados en comparación con las anteriores, pues se refiere expresamente a los de libertad, la inviolabilidad del domicilio, los derechos de emitir libremente las ideas y opiniones, a reunirse pacíficamente, a asociarse y del derecho de dirigir peticiones individual o colectivamente a las Cortes, al Rey y a las Autoridades.

El artículo 31 establece a su vez que,

*“no podrán suspenderse en toda la Monarquía ni en parte de ella, sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la **seguridad del Estado** en circunstancias extraordinarias. Promulgada aquélla, el territorio a que se aplicare se regirá, durante la suspensión, por la ley de orden público establecida de antemano”.*

Hablando de las garantías de los derechos, otra idea importante que no queremos dejar escapar y que será objeto de alusión más adelante, es el hecho de que con esta Constitución, y en el Dictamen de la Comisión de la misma, se constata que a pesar de que dichas garantías son las que ofrecen el régimen parlamentario frente al inmenso poder real, éste no es suficiente ya que si “durante mucho tiempo se ha podido creer con fundamento, sobre todo al salir de un sistema de gobierno absoluto, que las Cortes, como representación del pueblo, eran las únicas a quienes tocaba velar por la conservación del derecho y por el mantenimiento de la libertad individual....., la experiencia ha demostrado la insuficiencia del sistema ante las exigencias de la vida moderna. En ésta es preciso que el individuo tenga garantizado sus propios derechos...., es preciso....que la *seguridad*, la propiedad, la libertad *queden bajo el amparo inviolable de los Tribunales de justicia*, estimulados y vigilados a su vez constantemente por ese mismo interés individual que nada fatiga y detiene”.

Llama pues poderosamente la atención cómo estas palabras de hace más de un siglo se muestren hoy con plena vigencia, especialmente

en relación con la idea que se postulará en cuanto a la insuficiencia de las Cortes como institución prevista para el control de los secretos, aunque por distintas razones, y la necesidad de que el secreto quede bajo el control no solamente de las Cortes sino también de los Tribunales de justicia. en pos precisamente de esa seguridad a la que se ha hecho mención,

CONSTITUCIÓN DE 30 DE JUNIO DE 1876

Prácticamente supone un calco de la anterior Constitución. Respecto al secreto, el artículo 55.4 vuelve a hacer mención expresa al mismo en relación a los artículos secretos de los Tratados Internacionales y la imposibilidad de que éstos deroguen a aquellos que hayan gozado de publicidad. Se vuelve así al mecanismo de la degradación de rango de estos Tratados frente a los de carácter público.

Por materias, se hace alusión en el artículo 17 a la seguridad del Estado en aquellos casos en que sirve como causa legítima para suspender derechos como el de libertad, la inviolabilidad del domicilio y la libertad de residencia.

El artículo 50 vuelve a atribuir la competencia al Rey sobre “conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior”. El artículo 55 prosigue en la atribución de competencias al Rey entre las que destacamos la de declarar la guerra y hacer y ratificar la paz, dando después cuenta documentada a las Cortes (ap. 4º), dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás Potencias (ap. 5º), cuidar de la acuñación de la moneda, en la que se pondrá su busto y nombre (ap.6º) y decretar la inversión de los fondos destinados a cada uno de los ramos de la Administración, dentro de la ley de Presupuestos (ap.7º).

Además, y de nuevo bajo autorización del Poder Legislativo mediante Ley especial, menciona algunas otras competencias como enajenar, ceder o permutar cualquiera parte del territorio español (ap.1º), incorporar cualquiera otro territorio al territorio español (ap.2º), admitir tropas extranjeras en el Reino (ap.3º), ratificar los tratados de alianza ofensiva, los especiales de comercio, los que estipulen dar subsidios a alguna Potencia extranjera y todos aquellos que puedan obligar individualmente a los españoles.. (ap.4º).

Se vuelve así también a constatar una distinción respecto al primer bloque de materias en el que el Ejecutivo no necesita autorización de las Cortes y el segundo que sí necesitan de dicha autorización, al igual que hemos visto que ocurría con las Constituciones que la precedían.

CONSTITUCIÓN DE 9 DE DICIEMBRE DE 1931

En este caso, y por razones obvias, las competencias que se venían atribuyendo al Rey como cabeza visible del Ejecutivo, se asignan al Presidente de la República.

Por otra parte, se hace mención también al término “secreto” pero con una finalidad distinta respecto a las dos Constituciones inmediatamente anteriores ya que no sirve para concretar la eficacia que despliegan las cláusulas secretas de los Tratados frente a las públicas, sino para especificar en su artículo 76 *in fine* que los Tratados y sus cláusulas secretas *in totum* no obligarán a la Nación. En la Constitución de 1869 y 1876 en cambio, sí obligaban salvo en aquellos casos en que fuesen contrarias a las de carácter público, a las que, como ya se ha dicho, no podían derogar. De esta forma, mientras en los dos Constituciones anteriores se producía, como vimos, una degradación de rango o jerarquía de las cláusulas secretas de los Tratados, en esta ocasión se opta por una prohibición de las cláusulas y Tratados secretos, desposeyéndolas de cualquier carácter vinculante desde un punto de vista jurídico, quizás porque, como ya se dijo, se presumen peligrosas o contraproducentes para la paz y estabilidad entre los estados soberanos.

En cuanto a las materias, comenzaremos por la seguridad del Estado, la cual se menciona en primer lugar, y como viene siendo costumbre en las anteriores Constituciones, como causa de suspensión de determinados derechos fundamentales. Así ocurre en el artículo 26 respecto a una de las manifestaciones de la libertad religiosa como es la asociación en órdenes religiosas. Asimismo, el artículo 42 se remite a los artículos 29, 31, 34, 38 y 39 para determinar su suspensión por Decreto del Gobierno en caso de “que así lo exija la seguridad del Estado, en casos de notoria e inminente gravedad”. Si en anteriores Constituciones se exigía una norma con rango de Ley, ahora basta con una disposición reglamentaria del Gobierno como órgano colegiado, añadiendo las notas de notoria e inminente gravedad cuya apreciación queda a la completa discrecionalidad de aquél. Las libertades son respectivamente las de libertad, circulación y residencia por el territorio español, inviolabilidad del domicilio, expresión de ideas y opiniones, así como los novedosos de reunión pacífica y sin armas y el de sindicación. Una vez suspendidas, se dice que las Cortes “resolverán” sobre la suspensión decretada por el Gobierno. Parece pues, que el Poder Legislativo deberá en cualquier caso ratificar *a posteriori* la decisión del Gobierno para que ésta goce de legitimidad plena.

Por otra parte, el artículo 76, atribuye algunas competencias al Presidente de la República entre las que destacamos por su posible relación con las materias potencialmente objeto de secreto a las siguientes: Declarar la guerra, conforme a los requisitos del artículo

siguiente, y firmar la paz (ap.a); ordenar las medidas urgentes que exija la defensa de la integridad o la seguridad de la Nación, dando inmediata cuenta a las Cortes (ap.d); negociar, firmar y ratificar los Tratados y Convenios internacionales sobre cualquier materia y vigilar su cumplimiento en todo el territorio nacional (ap.e); etc.

Del breve análisis realizado hasta aquí en las Constituciones históricas españolas sacamos algunas conclusiones que no nos gustaría dejar de mencionar antes de pasar al estudio de otras normas de nuestro ordenamiento.

Queda claro en primer lugar, que las materias que actualmente se consideran propias de clasificación o secreto o que al menos tienen relación con ellas, se atribuían al Poder Ejecutivo, bien en su versión unipersonal del Rey o Presidente de la República o en el órgano colegiado del Gobierno al que se hace mención en la Constitución de 1931. El Ejecutivo monopoliza pues el protagonismo en este tipo de decisiones.

En segundo lugar, el control que se contempla para este tipo de potestades no es otro que el correspondiente a las Cortes, la Constitución y las Leyes. El Poder Legislativo es el órgano que se encarga de limitar posibles extralimitaciones en el ejercicio de facultades tan amplias. Una única excepción parece intuirse, aunque de forma remota, respecto al Tribunal de Garantías Constitucionales previsto en la Constitución de 1931, en cuyo artículo 121 se contemplan entre otras competencias las de conocer del recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades (ap. b); exigir la responsabilidad criminal del Jefe del Estado, del Presidente del Consejo y de los Ministros (ap.e) y la de exigir la responsabilidad criminal del Presidente y los Magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República (ap.f).

En tercer lugar, el término “secreto” o “clasificado” no se menciona en ningún momento salvo en lo que atañe a los Tratados y Convenios Internacionales. Parece que el constituyente no ha considerado que se trate de cuestiones de la categoría suficiente para ser tratados a nivel constitucional y sí a través de disposiciones con rango de Ley o reglamentario. A pesar de ello, no parece que sea hasta 1968, cuando se regula por primera vez⁴² la materia a través de la Ley 9/1968

⁴² No obstante, se puede considerar la existencia de un precedente algo forzado en el Reglamento de Procedimiento Administrativo del Ministerio de Asuntos Exteriores de 1890, el cual hacía referencia a la cautela que debía guardarse respecto a materias reservadas “o que de algún modo se refieran a las relaciones internacionales, siempre que por su gravedad requieran el más riguroso *secreto*”.

de Secretos Oficiales, de 5 de abril en cuyo preámbulo se dice expresamente que,

“En este aspecto existe una laguna en nuestra legislación, que, al contrario de lo que ocurre en los Estados caracterizados por la mayor libertad de información, no prevé una regulación de las medidas protectoras de los secretos oficiales Para remediar esta situación, la Ley establece un conjunto de medidas positivas para evitar que trascienda el conocimiento de lo que debe permanecer secreto, señalando normas severas que impidan la generalización de calificaciones que tienen carácter excepcional”.

Parece pues, que el legislador no ha considerado que es hasta esta fecha cuando, al albur de la libertad de información y dadas las circunstancias del entorno que rodean a la realidad nacional, se hace necesario dictar una disposición que regula estas cuestiones. La propia inexistencia de una disposición derogatoria en dicha Ley parece que es indiciario de la inexistencia de regulación o de la laguna jurídica que hasta la fecha existiera en torno a la materia salvo en lo que respecta a cuestiones en torno al control de los actos políticos del Gobierno o la mención de aspectos (aunque sea por relación) susceptibles de clasificación. Y paradójicamente, la primera legislación en la materia surge para establecer su carácter excepcional y la aplicación de la misma solo en circunstancias muy puntuales.

LEY DE LA JEFATURA DEL ESTADO DE 18 DE MARZO DE 1944

A pesar de que esta Ley no puede ser considerada propiamente dicha como una Constitución más, consideramos su inclusión interesante a los efectos de advertir una exclusión significativa. Se trata de la que realiza el artículo 2 de los actos de orden político o de Gobierno respecto a la jurisdicción contencioso-administrativa. Así,

“quedan excluidas del recurso contencioso-administrativo, como pertenecientes al orden político o de Gobierno, las resoluciones que la Administración dictare en aplicación y ejecución de las Leyes y disposiciones referentes a la depuración, responsabilidades políticas, desbloqueo, prensa y propaganda y abastecimientos”.

Valgan en este epígrafe las consideraciones hechas en los precedentes del secreto en el ámbito contencioso-administrativo y la confusión que se producía entre el Gobierno y la Administración. Ello podía acarrear la exclusión de actos de la Administración de la jurisdicción que le era propia por el órgano del que emanaba el acto, lo cual carecía de sentido. Ya vimos que la cuestión se resolverá con la Ley

de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 que permitirá el control de todos los actos que emanen de la Administración y solamente excluirá los actos políticos del Gobierno por emanar precisamente de éste⁴³, siendo estos últimos finalmente incluidos en la LJCA de 1998 a pesar de su procedencia del Gobierno. De esta manera, y después de todo el devenir histórico, se acaba incluyendo en el control de la jurisdicción contencioso-administrativa a los actos de la Administración en cualquier caso, ampliándose a los del Gobierno cualquiera que sea la naturaleza de éstos (aunque es este supuesto el control únicamente se extiende a los actos reglados, la posible vulneración de los derechos fundamentales y las indemnizaciones que fueran exigibles en su caso).

LEY DE 14/1966, DE 8 DE MARZO, DE PRENSA E IMPRENTA.

El artículo 2 de la misma establecía como límite a la libertad de expresión y el derecho a la difusión de informaciones “las exigencias de la defensa nacional, de la seguridad del Estado y del mantenimiento del orden público interior y la paz exterior” como antesala a la propia LSO.

No obstante, el mismo fue derogado mediante Real Decreto –Ley 24/1977, de 1 de abril, derogado a su vez por la Ley 62/1978, de 26 de noviembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

En el artículo 7 de la Ley de Prensa podemos encontrar también una interesante referencia a las limitaciones a la libertad de expresión, en este caso en su vertiente “receptora” y así, se dispone que:

“El Gobierno, la Administración y las Entidades Públicas deberán facilitar información sobre sus actos a todas las publicaciones periódicas y agencias informativas en la forma que legal o reglamentariamente se determine.

⁴³ Parece que durante el régimen de Franco estos actos de carácter político quedarán circunscritos al llamado recurso de contrafuero. El recurso de contrafuero, establecido en la Ley Orgánica del Estado y desarrollado por Ley de 5 de abril de 1968, era un medio de control de la constitucionalidad. La definición de contrafuero se encontraba en el artículo 59.1 de la Ley Orgánica, a cuyo tenor lo era “todo acto Legislativo o disposición general *del Gobierno* que vulnere los Principios del Movimiento Nacional o demás Leyes Fundamentales del Reino”. Como bien sostiene Trujillo, el recurso de contrafuero tenía una naturaleza eminentemente política y no jurídica. Cfr., al respecto, TRUJILLO, G.: “La constitucionalidad de las leyes y reglamentos en el Derecho español. Una interpretación sistemática del recurso de contrafuero, en dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes”, La Laguna, 1970, págs. 81 y ss.

La actividad de los expresados órganos y de la Administración de justicia será reservada cuando por precepto de la ley o su propia naturaleza en actuaciones, disposiciones o acuerdos no sean públicos o cuando los documentos o actos en que se formalicen sean declarados reservados”.

Llama la atención el hecho de que la difusión de la información solo se refiera a las “publicaciones periódicas y agencias informativas” sin que nada se diga respecto al resto de los ciudadanos (no periodistas) u otros poderes (Legislativo o Judicial) que podrían ser solicitantes de la información en manos del “Gobierno, la Administración o las Entidades Públicas”. Lógicamente puede responder a que la citada Ley estaba dirigida exclusivamente a la prensa y sus medios, debiendo el resto de receptores de información encontrar su régimen jurídico en otras leyes y preceptos⁴⁴.

Pero lo más significativo a los efectos del tema objeto del presente estudio es el reconocimiento que se hace en su epígrafe segundo acerca de las “materias reservadas”. Su titularidad podrá ser del Gobierno, la Administración y Entidades públicas (“los expresados órganos”) o el Poder Judicial (podría tratarse de un precedente del secreto de sumario). Nada se dice respecto a la información que obra en manos del Poder Legislativo, no sabemos si por el hecho de que se presume su publicidad con carácter general. Lo que sí se deja claro es que las materias reservadas lo serán por tres circunstancias:

- Por Ley. Esta forma de clasificación se plasmará en la LSO y se mantendrá vigente hasta nuestros días.
- Por su propia “naturaleza”. Es una fórmula sumamente indeterminada que deja un margen muy grande para la discrecionalidad e incluso la arbitrariedad, pues es ampliamente interpretable el hecho de que un asunto, por el hecho de estar relacionado con una materia genérica o abstracta, deba ser clasificada en función de dicha condición o naturaleza.
- Por declaración de reserva. Suponemos que se hace alusión a aquellos supuestos en que se procede a excluir la publicidad de documentos o actos que han sido objeto de un acto previo de

⁴⁴ La propia LSO, en su Preámbulo alude al hecho de que “este principio de publicidad en mayor o menor extensión, se halla regulado en lo que concierne a los debates e interpelaciones en las Cortes Españolas y al despacho de los asuntos Judiciales, pero, en cambio, sólo de una manera fraccionada tiene su regulación, en lo que atañe a la Administración del Estado, en dispersas disposiciones, entre las que, por su reciente promulgación, pueden citarse la Ley de Prensa (artículo 7) y Decreto 750/1966, de 31 de marzo, en las que sólo se contempla la publicidad en el aspecto parcial de la información debida a las publicaciones periódicas y agencias de información. Una regulación suficiente existe en la esfera de la Administración Local”.

clasificación por parte de los órganos competentes, a los que, por otra parte, no se hace alusión alguna. Será necesario esperar a la LSO para acotar este extremo.

CONSTITUCIÓN DE 1978

Curiosamente, como se verá más adelante, el término secreto aparece únicamente mencionado para referirse al ámbito privado del mismo o el ejercicio individual de determinados derechos por los ciudadanos. Así ocurre con los artículos 16 (secreto de las ideas y creencias religiosas), 18.3 (secreto de las comunicaciones), 20.1.d) (secreto profesional en el ámbito de la libertad de la información), 22.5 (en cuanto a la prohibición a los particulares de crear asociaciones secretas) y 24.2 (secreto profesional), y los artículos 68, 69.2 y 140 (respecto al derecho de sufragio). Nada dice sin embargo acerca del secreto en su acepción “estatal”, como elemento indispensable para sustraer del conocimiento determinada información, no ya de los particulares y sus actividades, sino de titularidad estatal y su comportamiento en diferentes ámbitos.

De otra parte, se menciona a la seguridad del Estado y la defensa nacional en varias ocasiones, como en el artículo 8, al definir las funciones de las Fuerzas Armadas; el artículo 97 de manera indirecta, al atribuir al Gobierno las competencias de política exterior; el artículo 105.b), cuando se refiere a los límites del ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos o el artículo 149.1.29ª que atribuye la seguridad pública como competencias exclusiva del Estado.

Asimismo, y respecto a los Tratados Internacionales, debemos hacer mención a la prohibición implícita de los secretos en dicho ámbito mediante los artículos 93⁴⁵ y 94.1⁴⁶ (Tratados que deben contar con la

⁴⁵ Art. 93 CE: “Mediante Ley orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

⁴⁶ Art. 94.1 CE: “La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de Tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

- a. Tratados de *carácter político*.
- b. Tratados o convenios de *carácter militar*.
- c. Tratados o convenios que afecten a la *integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales* establecidos en el Título primero.

autorización de las Cortes- si bien podrían tramitarse de manera reservada en las mismas-), el artículo 94.2⁴⁷ (aquellos sobre los que el Gobierno está obligado a informar a las Cortes), el artículo 95.1⁴⁸ (mediante el control previo que ejerce el Tribunal Constitucional sobre aquellos en los que se dude de su constitucionalidad), y el artículo 96.1⁴⁹ (a través de la obligación que se establece de publicidad oficial de los Tratados en el B.O.E. para que éstos formen parte y se integren en el ordenamiento jurídico español)⁵⁰. Es, por tanto, la intervención de las

-
- d. Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.
 - e. Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna Ley o exijan medidas legislativas para su ejecución”

⁴⁷Art. 94.2: “El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes Tratados o convenios”.

⁴⁸Art. 95.1 CE: “La celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”.

⁴⁹ Art. 96.1 CE: “Los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”.

⁵⁰ REMIRO BROTONS, A.: “La acción exterior del Estado”, ed. Tecnos, 1984, p.206 a 208. No obstante, el autor mantiene que “los Tratados secretos están en la vida, no al margen de ella. En el ámbito internacional, no son invocables ante Naciones Unidas, pero como instrumentos cuyo contenido es jurídicamente exigible solo desfallecerán en el caso de que una de las partes alegue oportunamente su nulidad como consecuencia de la inconstitucionalidad de su conclusión. Aun así podrán ser considerados *acuerdos entre caballeros*, que empeñan política y personalmente a sus signatarios, aunque no a sus sucesores. En el ámbito interno son, generalmente tolerados y consentidos, con tal de que los acompañe la discreción y puedan aplicarlos los departamentos ministeriales, apurando su potestad reglamentaria con disposiciones que, sin mencionarlos, los presupongan, y recurriendo a órganos selectivos en áreas que no incidan directamente sobre los derechos individuales”. Asimismo, reconoce el autor que algunos países han preferido reconocer abiertamente la posibilidad en su derecho, pero que “ni España ni su Constitución se sitúan en esa línea”. Y que el “embrollo constitucional se centra precisamente, en que allí donde los Tratados secretos son más *convenientes* - los compromisos genuinamente políticos y militares- menos posibilidades hay de ofrecer una cobertura constitucional”. Según el mismo autor, “restringir la información prevista en el artículo 94.2 de la Constitución al *hecho* de la conclusión de un Tratado –sin alcanzar a su *contenido*- facilitaría, en determinadas circunstancias, un acomodo constitucional a obligaciones sobre las que el Gobierno considere perjudicial para los intereses del Estado ser demasiado explícito, pero requeriría ajustes en los actuales Reglamentos

Cortes Generales en unos casos mediante autorización previa o información inmediata posterior, y la obligación de publicidad de los mismos en el Boletín Oficial del Estado en otros, lo que *de facto*, imposibilita cualquier atisbo de Tratado Internacional secreto.

De los artículos mencionados queremos avanzar una mención especial sobre el art. 94.1 CE en el que se hace una diferenciación en distintos epígrafes entre aquellos Tratados y Convenios de “carácter político” de aquellos otros de “carácter militar” o que “afecten a la integridad territorial del Estado o los derechos fundamentales del Título I”. Esta distinción nos sirve como argumento a añadir a los ya citados para sostener que los Tratados relativos a la defensa nacional, como aquella relacionada con el ámbito militar y dirigida al mantenimiento de la integridad territorial o los derechos fundamentales del Título I- entre los que pueden encontrarse perfectamente aquellos dirigidos al mantenimiento de la seguridad del Estado-, se configura como un concepto ajeno al espectro político. De lo contrario, no hubiera sido necesario mencionar las categorías militar y aquellas relativas a la integridad del territorio o derechos fundamentales como independientes o diferentes de las de carácter político en el entendimiento de que aquéllas categorías se encontraban ya incluidas en esta última. Pues bien, si descartamos a tenor de esta argumentación el carácter político de la defensa nacional, también desechamos la posibilidad de fundamentar una exclusión del control judicial de estas materias aludiendo a su carácter político o de Gobierno, cuestión ésta que en todo caso se analizará con más detenimiento en los capítulos siguientes.

4.- Códigos Penales: de la separación entre delitos contra la seguridad interior y exterior a los delitos de traición y delitos contra el Estado.

Siguiendo con los antecedentes históricos, haremos también hincapié en los primeros códigos penales de la historia española⁵¹ pues es innegable que los secretos de Estado van unidos a éstos a través de la tipificación de ciertos delitos como los de espionaje o traición. No aparece en ellos por tanto en ningún momento la alusión al secreto de

parlamentarios. Acogerse a la interpretación según la cual la publicación en el BOE condiciona solo la aplicación de las cláusulas convencionales que afectan directamente a derechos de los individuos, tendría también una cierta rentabilidad. Siempre cabe, por último, negar al acuerdo la condición de Tratado y comportarse como si lo fuera, arriesgando la responsabilidad política del Gobierno o de alguno de sus miembros”.

⁵¹ Vid. SÁNCHEZ FERRO, SUSANA: *Op. cit.*, pp. 103 a 107 y 111 a 115.

Estado u oficial⁵² pero sí al suministro de información que pudiese poner en peligro materias vinculadas tradicionalmente al secreto de Estado como son la seguridad del Estado o la defensa nacional. En ellos se van haciendo alusiones a la revelación de información en función de distintos criterios como el hecho de que se produzca en tiempos de guerra o de paz o si la revelación se produce por cualquier persona o bien por funcionario público, como ocurre con los artículos 252 y 257 del Código penal de 1822.

Asimismo, los Códigos Penales de 1848, 1850 y 1870 muestran un mayor laxitud a la hora de regular los tipos al no castigar la revelación interna de la información en tiempos de guerra y la revelación cualquiera que sea su destinatario en tiempos de paz. Además, se exige que la citada revelación tenga alguna trascendencia negativa para España (“hostilizar a España o favorecer el progreso de las armas enemigas”).

Los Códigos penales de 1928 y 1944 finalmente se hacen más exigentes al ampliar el espectro al que se extiende el secreto, el aumento de las penas, la criminalización del suministro de información incluso en tiempos de paz (hasta este momento el delito de traición aparecía vinculado a la guerra) y el adelantamiento de las conductas punibles al momento en que se obtuviera o procurase la información, aparte de la introducción del concepto de “secretos políticos” en el que se pueden incluir gran cantidad de materias incluso ajenas a la seguridad del Estado y la defensa nacional y que se caracterizan como aquellos que llevan por objeto subvertir la Constitución del Estado y que serán los que, a la sazón, encuentran una mayor correspondencia con los que posteriormente se denominarán en el art. 102.2 CE como “delitos contra la seguridad del Estado”.

De hecho, y hasta la reforma penal de 1995, se distinguían los delitos contra la seguridad exterior del Estado y los delitos contra la seguridad interior del Estado (Títulos I y II del Libro Segundo), incluyéndose en este último epígrafe gran cantidad de delitos que, según un sector de la doctrina penalista (por todos, RODRIGUEZ DEVESA y MUÑOZ CONDE), nada tenían que ver con los principios y estructuras políticas del Estado.

En el momento de entrada en vigor de la Constitución de 1978 se hace alusión en el art. 102.2 CE a dos categorías de delitos que no coinciden exactamente con los tipificados en el Código Penal vigente en aquel momento como son el delito de traición y los delitos contra la seguridad del Estado cometidos por los miembros del Gobierno y su Presidente. De hecho se planteó en su momento la asimilación de todos

⁵² Lo más cercano es la alusión establecida en el art. 122.6 del C.P. de 1944: “secretos políticos, militares o de otro género....”

los delitos que se tipificaban como aquellos “contra la seguridad interior y exterior del Estado” con los que ahora se definían como aquellos “contra la seguridad del Estado”, lo que se acabó descartando pues existían delitos en las listas del Código Penal de 1944 que nada tenían que ver con la propia seguridad del Estado. Será con posterioridad, en la reforma de 1995, en la que se perfila de manera más nítida el tipo de “traición”, si bien incluido en los “delitos contra el Estado”(sin distinción entre la interior y la exterior) dentro del Libro II, Capítulo I del Título XXIII (“De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado”), quedando más indefinidos los delitos contra la seguridad del Estado por la propia indeterminación y amplitud del concepto de seguridad del Estado, que a la postre será uno de los pilares sobre los que girará gran cantidad de polémicas en torno al secreto y su control. Así, una interpretación excesivamente amplia conllevaría en el ámbito penal a una extensión desmesurada e inadmisibles de los “Delitos contra el Estado”. La doctrina⁵³ concluye que esos delitos contra la seguridad del Estado serán aquellos que atenten contra el orden constitucional, mediante los cuales “se pretende menoscabar los principios básicos sobre los que se sustenta nuestro régimen constitucional a través de la fuerza o de un uso *ab normen* [que no meramente una infracción] de las facultades que la Constitución y las leyes les otorgan [a los miembros del Gobierno] para el cumplimiento de sus funciones”, delitos que, en definitiva, otros ordenamientos han tipificado como “delitos contra la Constitución”.

Otra idea que resulta interesante destacar en este punto es la relación intrínseca que se va a establecer entre el secreto, la suspensión de derechos y libertades reconocidos constitucionalmente y, por ende, la posible comisión de algún delito como consecuencia de ello. El secreto, por tanto, y tal como se dijo en la propuesta de definición de secreto oficial o de Estado que hacíamos *ut supra*, puede acarrear la exigencia de responsabilidades penales para aquellas autoridades que vulneren injustificadamente los derechos y libertades constitucionales como consecuencia de la suspensión de los mismos por exigencias del secreto o de la necesidad de obtención de información. Es significativo en este sentido el Título XXI, Capítulo V del Código Penal de 1995 titulado “de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales” dentro de la categoría más general de los “Delitos contra la Constitución”. Por ello también postulábamos que el control de la jurisdicción ordinaria sobre los actos del Gobierno no se redujese solo a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones, sino que también se extendiese a la investigación de la posible comisión de actos

⁵³ GARCÍA MAHAMUT, R.: “La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución”, Ed. Tecnos, Madrid, 2000.

delictivos que generalmente van de la mano de toda infracción de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

5.- La apertura de España al exterior. Internacionalización de los secretos condicionada por Tratados y Organizaciones Internacionales.

Es importante hacer una reflexión sobre el hecho de que en las postrimerías del siglo XX y comienzos del XXI se ha vuelto a retomar la concepción “internacional” de secreto con la que paradójicamente se inició el periplo histórico constitucional respecto a los Tratados y Convenios Internacionales y sus cláusulas secretas allá por el siglo XIX, después del intervalo que supuso especialmente la etapa comprendida entre 1939 a 1975 en el que la concepción de la seguridad del Estado y la defensa nacional como valores a proteger por el secreto se concibieron especialmente desde una perspectiva eminentemente nacional o doméstica⁵⁴. La entrada de lleno de España en la escena internacional, incorporándose a organizaciones internacionales como la OTAN, UEO, ONU o la OSCE y la firma de distintos Tratados Internacionales para la protección de información clasificada⁵⁵ han propiciado este hecho y debido a las cláusulas de obligado cumplimiento de los distintos Tratados Internacionales suscritos, han obligado a España a adoptar posiciones solidarias con otros miembros de estas Organizaciones Internacionales de corte defensivo, tanto en aspectos concernientes al mantenimiento de secretos como de intervenciones militares o humanitarias en distintos escenarios.

De esta forma, el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se clasifican determinados asuntos y materias con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales, de 28 de noviembre de 1986 (BOCG. de 6 de noviembre de 1987), en su apartado D) establece que,

“Las informaciones, asuntos y materias clasificadas por tratados o acuerdos internacionales válidamente celebrados por España e

⁵⁴ Excepción hecha del periodo comprendido entre el año 1957 a 1969 en el que se produce la introducción de tecnócratas en las instituciones del régimen, dando lugar, entre otras consecuencias, a la apertura del mismo al exterior. Al frente de esta política destacó el Ministro Castiella que impulsó el ingreso de España en algunas Organizaciones Internacionales de prestigio como la OCDE y el FMI.

⁵⁵ Así, el Acuerdo 2 diciembre 1983 con la República Italiana; de 12 marzo 1984 con los Estados Unidos de América; de 18 abril 1985 con los Países Bajos; de 8 julio 1985 con el Reino de Suecia; de 22 febrero 1989 con la República Francesa y de 13 febrero 1995 con Israel. O más recientemente, los Acuerdos con el Gobierno Federal Austriaco de 11 de noviembre de 2011 o con el Gobierno de Australia de 17 de noviembre de 2011.

incorporados a su ordenamiento interno, así como por organizaciones internacionales aliadas o por potencias aliadas, que confieran igual grado de protección a los que son objeto de clasificación por parte española, recibirán una clasificación que asegure una grado de protección equivalente al de la información original”⁵⁶.

De otra parte, la propia Ley Orgánica 5/2005, de Defensa nacional ya concibe la defensa no solo como un instrumento para la de carácter interno o nacional sino que también alude a misiones en el exterior y así, en su artículo 16.b) dispone como una de las misiones de las Fuerzas Armadas,

“La colaboración en operaciones de mantenimiento de la paz y estabilización internacional en aquellas zonas donde se vean afectadas, la reconstrucción de la seguridad y la administración, así como la rehabilitación de un país, región o zona determinada, conforme a los tratados y compromisos establecidos”.

La propia STS. de 4 de abril de 1997 en el caso de los papeles del CESID también se pronuncia al respecto toda vez que el Gobierno invocó como causa de la no desclasificación de la documentación solicitada el hecho de que “la desclasificación solicitada implicaría un inadmisibles deterioro del crédito internacional de España en sus relaciones exteriores; y en particular por lo que hace al intercambio generalizado de inteligencia o información clasificada con nuestros aliados y amigos”. Esta línea es rebatida por el alto Tribunal al afirmar en el FJ. Décimo que,

“siguiendo el criterio sostenido en el dictamen del Consejo de Estado, resulta que en el conjunto de convenios sobre el particular suscritos por España, se aprecia perfectamente delimitado su contenido, en el sentido de que la protección acordada se refiere únicamente a la información facilitada por los países signatarios, por lo que al no haber constancia de que los documentos e informaciones cuya desclasificación se postula estén -por su procedencia o por su naturaleza- en dicho ámbito, no ha lugar a detenernos más en esta eventual infracción de convenios internacionales.

Pero tampoco cabe desconocer la circunstancia notoria de que la confianza para el intercambio de inteligencia o información entre los diversos países descansa en el hecho de que el secreto legalmente declarado sea materialmente una realidad respetada. Con relación a este proceso, tal realidad es indudable: La complejidad del sistema aplicado para obtener la eventual desclasificación, prueba la seriedad y profundidad con que el secreto de Estado es valorado en nuestro ordenamiento: exposición razonada

⁵⁶ Como veremos más adelante, este régimen parece contradecirse con lo dispuesto en el art. 11.e) RSO que, ante la inexistencia de equivalente clasificatorio, otorga un nivel distinto de equivalencias al disponer que “la información de defensa de naturaleza reservada. su ministrada a España por un país extranjero o por una Organización internacional, recibirá una clasificación que asegure un grado de protección *equivalente o mayor* que el requerido por el Gobierno u Organismo internacional que su ministró la información”.

de la jurisdicción penal, decisión del Gobierno y revisión jurisdiccional por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo”.

Sin embargo, el voto particular del magistrado SIEIRA MÍGUEZ vuelve a insistir en la línea argumental del Gobierno y va incluso más allá en la vinculación que nos supone como Estado la conservación y el respeto a los secretos pues concluye en su FJ. Noveno que,

“el deterioro del crédito internacional de España en sus relaciones exteriores, y en particular por lo que hace al intercambio generalizado de inteligencia e información clasificada con nuestros aliados y amigos no está limitada, como de la propia expresión «generalizada» se deduce, a la infracción de obligaciones derivadas de Tratados Internacionales, sino a la confianza derivada de la garantía generalizada, incluso en ausencia de Tratado Internacional específico sobre la materia, de que la información facilitada como secreto continuará bajo tal condición”.

El magistrado XIOL RÍOS entiende que la protección no debe solo extenderse a la comprobación de una infracción de un Tratado por vía de la “procedencia formal de los documentos” sino también de la “procedencia de la información” que haya quedado reflejada en ellos, “pues los convenios internacionales suscritos por nuestro país...se refieren no solo a lo primero, sino también a lo segundo”.

Vemos pues, que las obligaciones del Estado a nivel internacional para con la custodia de los secretos presenta varias fuentes. Puede ser en primer lugar que la información simplemente sea reservada porque así se establece expresamente en un Tratado Internacional suscrito por España. Se trata así de una obligación jurídica que emana de una norma jurídica que goza nada menos que del segundo rango jerárquico en el escalafón de fuentes del derecho en nuestro país. Esta obligación para algunos no solo alcanzaría a los documentos, sino también, de manera extensiva, a la información que queda reflejada en ellos con la dificultad que conlleva en este caso el hecho de que las categorías de clasificación no presentaran equivalencia alguna entre los países firmantes (como es el caso, por ejemplo, en España con las de “confidencial” o “difusión limitada”). En segundo lugar, hemos visto en la sentencia comentada que esa obligación puede venir dada por la “naturaleza” de las materias. Esta fuente de obligaciones no deja de ser polémica en cuanto que, como ya vimos respecto a la clasificación de los distintos tipos de secretos y concretamente en cuanto a los secretos materiales, se hace difícil delimitar jurídicamente esa “naturaleza”. ¿Quién la definirá entonces?, ¿se tratará de una apreciación subjetiva para cada caso?, ¿cómo se controlará o respecto a qué parámetros? Son cuestiones imposibles de no plantearse y de difícil resolución para una categoría de compleja asimilación jurídica sino es desde el punto de vista de la discrecionalidad. Una tercera fuente de obligaciones puede originarse del propio carácter secreto de la información con independencia o en ausencia de Tratado internacional específico sobre la materia, esto es, la obligación que nace o surge de la “confianza” o “pacto tácito” entre Estados de respetar cualquier documentación que

aparezca como clasificada o secreta por cualquiera de ellos, con independencia de cuál sea el instrumento jurídico en el que se sustente la clasificación.

Particularmente no podemos hacer otra cosa que adherirnos a la postura del Tribunal en el texto de la sentencia, esto es, que en tanto no se produzca la vulneración de un Tratado o Acuerdo internacional no existirá infracción alguna del derecho internacional. Otra cosa sea el deterioro del crédito de España en sus relaciones exteriores. Esta percepción, al ser algo subjetivo, no debería siquiera plantearse como argumento jurídico. Además, ese crédito o confianza, en caso de que se demostrase que la clasificación o desclasificación eran indebidas, redundaría en beneficio de la imagen de España como un auténtico Estado de derecho y en la confianza de los ciudadanos respecto al mismo, si bien su defensa a ultranza puede no ser un factor de popularidad entre algunos Estados en el caso de que esos Estados en lo que no estén interesados sea precisamente en la desclasificación de información por suponer su desvelamiento origen de problemas y críticas a las formas de resolver determinados asuntos, rozando lo puramente delictivo. En ese caso, evidentemente, España, como cualquier otro país, puede perder el rédito y convertirse en un país “molesto” o demasiado “honesto” con la Ley y la justicia. En ese caso solamente cabrá optar entre un sistema de transparencia o el mantenimiento de buenas relaciones internacionales a cualquier precio⁵⁷.

⁵⁷ En este sentido son ejemplares las palabras del magistrado SIEIRA MÍGUEZ en el FJ. Segundo del voto particular a la sentencia de 4 de abril de 1997 en las que pone de manifiesto que “la seguridad del Estado es un valor constitucional que también puede verse afectado negativamente por la no aportación a la investigación Judicial de un documento de tal naturaleza, dado que aquélla se perjudica si no descansa en la **confianza de los ciudadanos** de que la actuación de las Fuerzas de Seguridad se ajusta, en todo caso, a las exigencias legales, y que la actuación Judicial, cuando investiga presuntas ilegalidades policiales se desarrolla libremente”. Sin embargo, el FJ. Décimo del voto particular de PASCUAL SALA es discrepante al respecto pues para este magistrado “el hecho de que la literalidad de los Tratados Internacionales, que se han concretado en el último párrafo del fundamento quinto de este voto particular, sólo obligue a proteger la información recibida de otros Estados con la misma fuerza que se haga con la propia, conduce a la conclusión contraria a la que llega la sentencia mayoritaria, es decir, al probable cierre de toda fuente de información por esa vía ante el hecho de que las dificultades para desclasificar en España son más aparentes que reales y dependen en gran -por no decir decisiva- medida de las necesidades, apreciadas por el Juez, de una instrucción y no de esa necesidad, pero combinada con el respeto al principio de menor desclasificación cuando el hecho a probar ha podido -o pueda- ser acreditado por otros medios de prueba que, satisfaciendo el derecho de defensa, respeten, asimismo y en la medida posible, la confidencialidad de materias afectantes a la seguridad del Estado. La misma consideración cabría hacer respecto

No terminaremos el presente epígrafe sin hacer unas puntualización al sistema jurídico actual respecto a las “equivalencias” en las categorías clasificatorias entre países. El Preámbulo del Reglamento de Secretos Oficiales establece que el mismo se hace necesario “para lograr una unificación normativa internacional y tener el mismo grado de protección a las materias clasificadas en los distintos países” por lo que “parece aconsejable utilizar las enseñanzas del derecho comparado, en especial el de las naciones muy industrializadas con mayor experiencia en la información tecnológica”. Ahora bien, es lógico que en la práctica esas categorías no fuesen las mismas, evolucionando de diversas maneras y apareciendo nuevas formas de clasificación de la información en categorías tales como “confidencial”, “difusión limitada”, de “alto secreto”, etc. que nuestro ordenamiento jurídico simplemente no reconoce. En esos casos, el art. 11.d) RSO ofrece la solución de manera que “la información de defensa de naturaleza reservada suministrada a España por un país extranjero o por una Organización internacional, recibirá una clasificación que asegure un grado de protección equivalente o mayor que el requerido por el Gobierno u Organismo internacional que suministró la información”. No se entiende porqué debe darse un grado de protección mayor a materias que no lo merezcan por el mero hecho de que éstas no tengan un equivalente en la legislación española. Ello puede dar lugar a clasificaciones que no merecen el nivel de protección atribuido y que simplemente responda a un deseo de sobreprotección de la información por el mero hecho de su procedencia exterior para aquellos casos en que no exista un criterio jurídico con el que realizar la misma.

6.- Referencias al secreto en el derecho internacional. Especial consideración del derecho de la UE y de las Cartas de Derechos Fundamentales.

Consideramos necesario antes de finalizar el capítulo hacer algunas menciones al derecho internacional en el reconocimiento del secreto como mecanismo de protección de la seguridad y la defensa y que, por tanto, legitiman su utilización por parte de España al haber suscrito ésta los Tratados y Convenios que se citarán a continuación.

En primer lugar citaremos Reglamento (CE) no. 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión como consecuencia del desarrollo de las previsiones del art. 15 TFUE (antiguo art. 255 TCE). En el mismo, se deja inicialmente claro que “de conformidad con el apartado 1 del artículo 28 y con el apartado 1 del artículo 41 del Tratado UE el derecho

del peligro de cegar la operatividad del Centro de Información español, de sus medios, procedimientos y fuentes de conocimiento”.

de acceso es asimismo de aplicación a los documentos referentes a la política exterior y de seguridad común y a la cooperación policial y judicial en materia penal. Cada institución debe respetar sus normas de seguridad”, para pasar a continuación a regular en su art. 4 las excepciones al derecho de acceso a la información, entre las que se encuentran en su epígrafe 1.a), “el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de: El interés público, por lo que respecta a: La *seguridad pública, la defensa y los asuntos militares, las relaciones internacionales, la política financiera, monetaria o económica* de la Comunidad o de un Estado miembro”. En el epígrafe 4 del artículo citado se dispone como obligación de las Instituciones Comunitarias la consulta previa sobre documentos de Estados terceros y así, “en el caso de documentos de terceros, la institución consultará a los terceros con el fin de verificar si son aplicables las excepciones previstas en los apartados 1 o 2, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de los mismos”.

Asimismo, se establecen los principios de motivación y necesidad para justificar las clasificaciones y, en todo caso, un periodo máximo de clasificación inédito en nuestro país al disponer el art. 4.7 que “las excepciones, tal y como se hayan establecido en los apartados 1, 2 y 3 sólo se aplicarán durante el período *en que esté justificada la protección* en función del contenido del documento. Podrán aplicarse las excepciones durante un período *máximo de 30 años*. En el caso de los documentos cubiertos por las excepciones relativas a la intimidad o a los intereses comerciales, así como en el caso de los documentos sensibles, las excepciones podrán seguir aplicándose *después de dicho período, si fuere necesario*”.

Terminando, en lo que resulta interesante para la materia tratada en el presente trabajo, con el art. 9 en la definición de documento sensible, las categorías de clasificación («très secret/top secret», «secret» o «confidentiel»), así como determinadas normas procedimentales, especialmente en lo que atañe a la exclusiva tramitación de las solicitudes por las personas autorizadas (principio de exclusividad), el principio de publicidad en cuanto a la posibilidad de hacer constar en un registro público los documentos sensibles y sus referencias y la publicidad de las normas relativas a los documentos sensibles, el principio de motivación de toda denegación del derecho de acceso y la obligación de los Estados Miembros de garantizar que en la tramitación de las solicitudes relativas a los documentos sensibles se respeten los principios mencionados y los del artículo 4.⁵⁸

⁵⁸ Así, el Art. 9 establece que, “1. se entenderá por «documento sensible» todo documento que tenga su origen en las instituciones o en sus agencias, en los Estados miembros, en los terceros países o en organizaciones internacionales, clasificado

Continuaremos mencionando el art.4.2 de la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo. En el mismo se establece a su vez que “los Estados miembros podrán denegar las solicitudes de información medioambiental si la revelación de la información puede afectar negativamente a: “a) la confidencialidad de los procedimientos de las autoridades públicas, cuando tal confidencialidad esté dispuesta por la ley; b) las *relaciones internacionales, la defensa nacional o la seguridad pública...*”.

También se introducen principios interesantes en la restricción al acceso a la información como el establecido jurisprudencialmente de interpretación restrictiva de las excepciones, el de ponderación del interés público de la divulgación con el interés de la denegación, la prohibición de denegar el acceso a la información al amparo del epígrafe a) cuando se trate de emisiones al medio ambiente. Asimismo, se reconoce de nuevo el principio de motivación de la denegación del acceso, así como su carácter recurrible⁵⁹.

como «*TRÈS SECRET/TOP SECRET*», «*SECRET*» o «*CONFIDENTIEL*», en virtud de las normas vigentes en la institución en cuestión que protegen intereses esenciales de la Unión Europea o de uno o varios Estados miembros en los ámbitos a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 4, en particular la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares. 2. La *tramitación* de las solicitudes de acceso a documentos sensibles, de conformidad con los procedimientos establecidos en los artículos 7 y 8, estará a cargo *únicamente de las personas autorizadas* a conocer el contenido de dichos documentos. Asimismo, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 11, estas personas determinarán las referencias a los documentos sensibles que *podrán figurar en el registro público*. 3. Los documentos sensibles se incluirán en el registro o se divulgarán únicamente con el consentimiento del emisor. 4. La decisión de una institución de *denegar* el acceso a un documento sensible estará *motivada* de manera que no afecte a la protección de los intereses a que se refiere el artículo 4. 5. Los *Estados miembros* adoptarán las medidas adecuadas para *garantizar que en la tramitación de las solicitudes relativas a los documentos sensibles se respeten los principios* contemplados en el presente artículo y en el artículo 4. 6. Las normas relativas a los documentos sensibles establecidas por las instituciones se harán públicas. 7. La Comisión y el Consejo informarán al Parlamento Europeo sobre los documentos sensibles de conformidad con los acuerdos celebrados entre las instituciones”

⁵⁹ Art. 4.2: “Los motivos de denegación mencionados en los apartados 1 y 2 deberán interpretarse de manera restrictiva teniendo en cuenta para cada caso concreto el interés público atendido por la divulgación. En cada caso concreto, el interés público atendido por la divulgación deberá ponderarse con el interés atendido por la denegación de la divulgación. Los Estados miembros no podrán, en virtud de la letras a), d), f), g) y h) del presente apartado, disponer la denegación de una solicitud relativa a información sobre emisiones en el medio ambiente”. Art. 4.5: “La negativa a facilitar la totalidad o parte de la información pedida se notificará al solicitante por escrito o electrónicamente, si la solicitud se ha hecho por escrito o si su autor así lo

De mención obligada, aunque solo sea por sus efectos excluyentes, resulta también la Directiva 2003/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, cuyo art. 4.6 dispone que “La presente Directiva no se aplicará a las actividades cuyo principal propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional, ni a las actividades cuyo único propósito sea la protección contra los desastres naturales”. Asimismo, la Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre, relativa a la reutilización de la información del sector público, cuyo art. 1.2.c) también reconoce la exclusión de la aplicación de la misma en los supuestos de los documentos a los que no pueda accederse en virtud de regímenes de acceso de los Estados miembros, por motivos, entre otros, de: “protección de la seguridad nacional (esto es, seguridad del Estado), defensa o seguridad pública, confidencialidad estadística o comercial..”.

En el ámbito de la contratación pública, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, modificada por el Reglamento (CE) 1422/2007 de la Comisión, de 4 de diciembre, que ya advierte en su Considerando 22 que las medidas de coordinación podrán quedar excepcionadas “por motivos relacionados con la seguridad o los secretos de Estado, o a causa de la aplicabilidad de normas específicas de adjudicación de contratos, derivadas de acuerdos internacionales, referentes al estacionamiento de tropas o que son propias de las organizaciones internacionales”. También se establece la cláusula de confidencialidad en la norma general de publicidad de los contratos, si bien curiosamente esta vez la clasificación no se prevé hecha por una autoridad pública sino por los “operadores económicos”, especialmente respecto a los “secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas”. Parece que las referencias a la confidencialidad promovida por los poderes públicos aparece más adelante en el art. 14 donde se excluye la aplicación de la presente Directiva para determinados casos (contratos declarados “secretos o

solicita, en los plazos previstos en la letra a) o, en su caso, en la letra b) del apartado 2 del artículo 3. La notificación indicará los motivos de la denegación e informará sobre el procedimiento de recurso previsto de conformidad con el artículo 6”.

cuya ejecución deba ir acompañada de medidas especiales de seguridad” o “cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de dicho Estado miembro”).

Una última mención dentro del derecho de la UE se hará a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, en lo que respecta al derecho reconocido a la obtención de información sobre las actividades de servicio. En la misma se introduce el concepto de «razones imperiosas de interés general»⁶⁰ al que se hace referencia en determinadas prescripciones que abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública, etc. que legitiman el establecimiento de límites por parte de los Estados miembros en los que se presta el servicio (Considerando 40).

Además, se insiste en que “resulta imprescindible destacar que la disposición sobre la libre prestación de servicios no impide que el Estado miembro en el que se presta el servicio aplique, de conformidad con los principios establecidos en el artículo 16, apartado 1, letras a) a c), sus requisitos específicos por razones de orden público o seguridad pública...”.

El derecho de acceso a la información en poder de las instituciones europeas ha sido también objeto de interpretación jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). El Tribunal ha considerado que el Reglamento 1049/2001 tiene como finalidad *promover las buenas prácticas administrativas* y garantizar la transparencia, como elemento de control democrático, y desde esta perspectiva *interpreta restrictivamente las excepciones* al acceso. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de noviembre de 2007, caso *The Bavarian Lager Co. Ltd. contra la Comisión Europea*, ha sido considerada especialmente relevante desde la perspectiva de la relación entre derecho de acceso a la información y privacidad. La Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 26 de enero de 2010, caso *Internationaler Hilfsfonds contra la Comisión Europea*, plantea que el derecho de acceso está vinculado al carácter democrático de las instituciones europeas y que las excepciones al derecho de acceso deben interpretarse restrictivamente. Asimismo, la sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, de 11 de abril de 2013, caso *permite a las autoridades nacionales competentes alertar al público aun cuando no exista un peligro concreto para la salud. Nexa con el derecho a la información de consumidores y usuarios.*

En cuanto a las Declaraciones de Derechos, mencionaremos por su relevancia las del ámbito de Naciones Unidas. En primer lugar, el

⁶⁰ Ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) en cuyo art. 19.2 se prevé la libertad de expresión y la de buscar, difundir y recibir información de informaciones e ideas, previendo el art. 19.3.b) la posibilidad de que se sujeten a ciertas restricciones sometidas al principio de reserva de Ley y de necesidad para “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. En la Declaración de Derechos Económicos, Culturales y Sociales, solamente podemos considerar el reconocimiento del derecho de acceso a la información por conexión con los derechos de este tipo, pues es innegable que el primero condiciona a todos los demás, pues no es despreciable el argumento por el que una buena información permite el acceso a la educación, al ejercicio de la libertad de sindicación, el trabajo, la salud, la asistencia y protección de la familia, a participar en la vida cultural, etc. En esta sentido, solamente se introduce la seguridad nacional como límite a la libertad sindical (fundación, afiliación y funcionamiento sin obstáculos) en el art. 8.1.a) y c)⁶¹.

En cuanto a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, destacamos el art. 52.1. en el cual se vuelven a reconocer a los efectos de cualquier limitación de los derechos (y entre ellos el de información reconocido en el art. 42⁶²) el principio de legalidad y respeto de su contenido esencial, el principio de proporcionalidad y el de necesidad⁶³.

También dentro del Consejo de Europa debemos destacar el Convenio sobre acceso a los documentos públicos, aprobado por el

⁶¹ “a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la *seguridad nacional* o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos...c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la *seguridad nacional* o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos...”.

⁶² “Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión”.

⁶³ “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.”

Consejo de Ministros del Consejo de Europa del 27 de noviembre de 2008. El art. 3.1.a) es claro al respecto y establece como principios necesarios para la limitación del derecho de acceso a documentos públicos el principio de legalidad, necesidad y finalidad justificada entre otras causas en la protección de “la seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales”.

Es pues la vinculación histórica del secreto con las relaciones y Tratados Internacionales, así como la internacionalización de los secretos en nuestros días por el fenómeno de la globalización y la suscripción de Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia, lo que nos va a servir para establecer un primer vínculo por conexión material e histórica de estos términos y, por ende, justificar la conveniente y necesaria aplicación del régimen jurídico de los Tratados Internacionales a la actividad clasificatoria con la finalidad de incrementar, en cualquier caso, la intervención de las Cortes en la misma ya sea ejerciendo ellas mismas la actividad o a través de una autorización o información previa.

CAPÍTULO III

RAZÓN DE LA EXISTENCIA DE ESTADO. ¿SERVICIOS SECRETOS AUTONÓMICOS Y LOCALES?: SEGURIDAD DEL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL COMO VARIANTE A LAS ACTUACIONES DEL GOBIERNO EN EL EJERCICIO DE COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES NO SUJETAS A DERECHO ADMINISTRATIVO.

1.- El Estado concebido como Gobierno Central; 2.- La “seguridad del Estado” o “seguridad pública” (exterior e interior) frente a la “ciudadana” y el mantenimiento del “orden público” de las policías autonómica y local. Diferentes bienes jurídicos objeto de protección; El caso de la Policía Autónoma Vasca (ex. Art. 106.1 EAPV); Inviabilidad de los Servicios de Inteligencia autonómicos y locales; 3.-Inadmisibilidad de la clasificación autonómica y local de documentos por razones de seguridad estatal y/o defensa nacional; 4.- Los casos paradigmáticos del CESID a nivel estatal y de los ERES en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Materias clasificadas frente a la reserva de los actos del Gobierno; 5.- Los arts.105.b) CE y 37.5.b) LRJPAC relativos a “la información sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado” frente al art. 37.5.a) LRJPAC regulador de “la información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a derecho administrativo”; 6.- Al igual que el secreto, la seguridad también es un concepto que se internacionaliza: la pérdida de protagonismo de los Estados en la gestión de las crisis fruto de la globalización y la hegemonía Norteamericana. Nuevos factores de inseguridad: crisis financieras y nuevas tecnologías.

1.- El Estado concebido como Gobierno Central.

Resulta preciso, como ya se advirtió, delimitar el término de Estado y si es posible la existencia del secreto en otros niveles territoriales de organización del mismo ya que desde un principio se ha hablado de “secretos de Estado”, pudiendo ser interpretado este último en su integridad. Con el uso de este término ¿se quiere hacer mención al Estado en su conjunto, incluyendo los distintos niveles administrativos que existen en su organización interna o bien al Estado en su concepción jacobina de Gobierno central? Concretamente y en nuestro país, se plantearía el asunto respecto a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales. Siguiendo a un sector de la doctrina⁶⁴, se distinguen tres conceptos de Estado en la Constitución, a saber: la prevista en el artículo 1.1 como Nación, pueblo, territorio, organización de la Nación en su realidad histórica y presente; en segundo lugar, se concibe como

⁶⁴ GALLEGO ANABITARTE, A.: “Constitución y personalidad jurídica del Estado”. Ed. Tecnos, 1992, p.41.

organización de todos los poderes públicos, según el artículo 137 (Municipios, Provincias y Comunidades Autónomas) y, por último, como organización de los poderes públicos nacionales de los artículos 133.1 y 3, 134 y 149 y siguientes.

Estas dos últimas concepciones se corresponden respectivamente con la distinción que hace el Tribunal Constitucional⁶⁵ del Estado como la totalidad de la organización jurídico-política de la nación española (artículos 1, 37 y 56 CE) y como el conjunto de las instituciones generales o centrales y sus órganos periféricos, contraponiendo estas instituciones a las propias de las Comunidades Autónomas y otros entes territoriales.

Será desde esta última concepción desde la que los secretos de Estado solo se pueden considerar, concebido el Estado como Gobierno Central sin que otros centros de poder puedan reconocer una categoría similar. En ningún texto jurídico se habla expresamente de “secretos de Comunidades Autónomas” o “secretos de Entidades Locales”, lo mismo que tampoco se menciona a la “seguridad de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales” o a la “defensa autonómica o local” por la simple razón de que, según entendemos, el nexo que se hace entre secreto y el Estado es el que se refiere al Estado concebido en su totalidad o unidad frente a amenazas del interior y del exterior que pongan en peligro la seguridad y la defensa nacional o las relaciones diplomáticas, las internacionales con un alto componente militar o aquellas relacionadas con la integridad de todo el Estado en el que solo cobra sentido el mismo como unidad⁶⁶.

De otra manera, además, las decisiones de unas organizaciones territoriales, bien autonómicas o locales, podrían resultar en perjuicio de otras, al carecer de una visión de conjunto y optar por lo más conveniente a nivel individual, con lo que el propio objeto que se trata

⁶⁵ STC. 32/1981, de 26 de junio.

⁶⁶ Así lo entiende también EMBID IRUJO, A. al comentar una declaración de materia reservada por el Gobierno autónomo madrileño, en “Actos políticos del Gobierno y actos políticos de las Cámaras Parlamentarias. Reflexiones en torno a su control por la jurisdicción contencioso administrativa”, Revista de las Cortes Generales, nº. 13, 1998, p. 85, quien no ha dudado en afirmar que “las Comunidades Autónomas no pueden acudir a esta técnica [la de la clasificación], a menos que se modifique la legislación vigente”, que “tampoco la Asamblea tiene competencia para autorizar, ni legislar, sobre la materia” y que “sólo la posibilidad de afección a la «seguridad y defensa del Estado» justifica esta actuación y podemos convenir en que muy difícilmente las competencias de las Comunidades Autónomas -dada la exclusión constitucional de la defensa o las relaciones internacionales- puede poner en peligro esos valores”.

de proteger con el secreto carecería de sentido, poniendo además en peligro principios como el de solidaridad reconocido en el artículo 138.1 CE. Se corre aquí el mismo peligro que se planteaba para el Estado-aparato cuando el interés buscado era el del propio partido en el Gobierno central, solo que aquí estaríamos hablando de la “Comunidad Autónoma-aparato” o “Entidad Local-aparato” en los que primarían los intereses de los Gobiernos autonómico o local respectivamente por encima de los propiamente estatales.

Se interpreta así la seguridad y defensa como aquella correspondiente a la del Estado en su totalidad y se identifica la seguridad, en una interpretación extensiva del término, como la que alude tanto a la exterior como la interior pese a que existen posturas que la relacionan exclusivamente a la seguridad exterior del mismo⁶⁷. Y ello

⁶⁷ A favor de esta concepción, GARCÍA HERRERA, M.A. en “Estado democrático y libertad de expresión”, II, RFDUC, núm. 65, 1982, p.169, el cual entiende que la defensa y seguridad hacen alusión “prioritariamente a la seguridad externa” y a “cuestiones bélicas o militares”, aunque reconoce que también a “aquellos aspectos que se consideran indispensables para mantener el potencial y la capacidad ofensiva y defensiva del propio Estado”. Asimismo, CARRILLO, M., “Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978”, PPU, 1978 p.99, quien entiende que la “seguridad interior del Estado estaría en franca contradicción con la propia naturaleza de la institución” y POMED SÁNCHEZ, L.A, en “El acceso de los ciudadanos los archivos y registros administrativos”, Madrid, INAP, 1989, p.226, el cual afirma que la seguridad y defensa del Estado debe entenderse referida a todas aquellas intervenciones de los poderes públicos que tengan por finalidad la salvaguardia de las notas de soberanía e independencia en el ámbito exterior, lo que vendría a coincidir con el concepto de seguridad nacional”, si bien también estaría dirigido a “la protección de las grandes instituciones constitucionales frente a todo intento de hacer perecer las mismas por medios ilegítimos, no debiendo extenderse esta figura a aquellas cláusulas que, como el caso de las relativa al **Estado social** de derecho son susceptibles de imbricar un contenido amplio y, por esta razón, susceptible de ser sometido a variaciones”. En este sentido discrepamos, pues, como ya dijimos en “El derecho de acceso a la información, el Estado social y el buen gobierno”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, consideramos que el Estado que se defiende es el del artículo 1.1 CE, esto es, de derecho, por cuanto que su actividad debe estar siempre sometida a la legalidad vigente; democrático, por cuanto que el poder se residenciará en última instancia en el propio pueblo de cuya voluntad surge el Estado y Social, ya que, a pesar de que la información en poder de la ciudadanía no resulte tradicionalmente un ámbito en el que éste se haya manifestado, consideramos que el hecho de que los ciudadanos tengan una mayor o menor información puede redundar en evidentes desigualdades sociales, así como en la vulneración de otros derechos civiles y políticos. Precisamente es el propio art. 2 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa nacional, como se verá más adelante, el que propugna que uno de los objetivos de la misma es la protección del Estado **social** y democrático de derecho.

no resulta extraño si se analiza la propia Constitución y el régimen de distribución de competencias establecido. En su artículo 149.1 se reconoce a favor del Estado (concebido éste como el que se corresponde con el Gobierno central) las competencias en materia de relaciones internacionales (apartado 3º), en la defensa y fuerzas armadas (apartado 4º) y la seguridad pública (apartado 29º). Asimismo, en el artículo 8.1 CE se atribuye a las Fuerzas Armadas “garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”. Por su parte, el art. 1 de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dispone que “la seguridad pública es competencia exclusiva del Estado. Su mantenimiento corresponde al Gobierno de la nación”.

En este caso, las relaciones internacionales, entendidas, no como cualquier actividad o proyección exterior como pueda ser el comercio, la cooperación al desarrollo, etc., para la que las Comunidades Autónomas estarían legitimadas, sino como “las relaciones de España con otros estados independientes y soberanos....que en todo caso están regidas por el derecho internacional general a que se refiere el artículo 96.1 CE y por los Tratados y Convenios en vigor para España”, siendo su objeto “materias tan características del ordenamiento internacional como las relativas a la celebración de los tratados (*ius contrahendi*) y a la representación exterior del Estado (*ius legationis*), así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado”⁶⁸.

En cuanto a la interpretación de la defensa, ésta se atribuye a órganos del Estado central, como queda establecido en el art. 149.1.4ª CE (“Defensa y Fuerzas Armadas”) y en el art. 5 LODN (“Corresponde al Gobierno determinar la política de defensa y asegurar su ejecución, así como dirigir la Administración militar y acordar la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional”), si bien a ésta podrán contribuir las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, como veremos más adelante, a través de la colaboración de sus respectivas policías mediante el mantenimiento de la seguridad pública y ciudadana o la cooperación puntual en determinadas operaciones como reconoce el art. 22 LODN al disponer que “1. El Gobierno establecerá los criterios relativos a la preparación y disponibilidad de los recursos humanos y materiales *no propiamente militares* para satisfacer las necesidades de la Defensa nacional en situaciones de grave amenaza o crisis, teniendo en cuenta para su aplicación los mecanismos de cooperación y coordinación existentes entre los diferentes poderes

⁶⁸TEROL BECERRA, M.: “Reformas estatutarias y proyección exterior de las Comunidades Autónomas”, Ed. Tirant Lo Blanch, Colección Instituto Andaluz de Administración Pública, 1ª Edición, 2009.

públicos”, para luego referirse concretamente a la Guardia Civil (arts. 23, 24 y 25 LODN) y la Policía Nacional (art. 27 LODN).

En cuanto a la seguridad como tercera competencia estatal mencionada, entendemos que puede ponerse en peligro tanto con actos violentos o amenazas procedentes del interior como del exterior⁶⁹ y que, por tanto, la seguridad aludida afecta tanto a una como a otra. En apoyo de esta postura encontramos a ciertos autores como VIVES ANTÓN⁷⁰ o DÍEZ PICAZO⁷¹. Para el primero, “los ataques a la seguridad exterior afectan al Estado...en su misma personalidad como Estado, mientras que los ataques a las instituciones concretas en que se plasma la organización del poder político constituyen delitos contra la seguridad interior”. Para el autor citado en segundo lugar, tanto los delitos de traición como aquellos contra la seguridad del Estado hacen referencia a un núcleo de bienes que incluyen, sin duda alguna, la defensa frente a amenazas exteriores de la integridad territorial y de la independencia de España y la salvaguardia de su orden constitucional en el interior. Asimismo, ya vimos en el Capítulo anterior como el Código Penal de 1944 establecía un sistema de doble lista en las que se incluían tanto delitos contra la seguridad exterior como interior del Estado. Es además, la propia jurisprudencia la que nos sirve para sustentar esta posición. Así, el ATS. de 9 de marzo de 1998 interpreta que con la expresión “delito contra la seguridad del Estado” se está haciendo referencia a,

“a aquellos hechos que, aún sin contenido bélico y sin la cualificación extrema de los calificables como delitos de traición, supongan un peligro grave contra el Estado por medio de un delito grave de contenido político, que son los únicos que pueden justificar la intervención del Congreso de los Diputados como requisito de

⁶⁹ Así, la STC.51/1985, declaró que la libertad de expresión “encuentra su límite indiscutible en la seguridad interior y exterior del Estado, que puede ponerse en riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas”. De otra parte, MÚÑOZ CONDE, F.: “Derecho Penal. Parte Especial”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2007, p.767, mantiene que “la distinción seguridad exterior-seguridad interior había sido, en efecto, ya incluso en la época de la Codificación decimonónica, superada por la realidad política e internacional. Ni la seguridad del Estado es el principal bien jurídico protegido en este Título [XXXIII del Código Penal], ni los ataques contra la misma se pueden dividir según provengan del exterior o del interior. Una revolución interna en un Estado apenas es concebible sin ayuda exterior, y normalmente ésta se produce para provocar precisamente un cambio en la política interna. Igualmente, un régimen político determinado puede ser un peligro para otros Estados, afectando a la paz o a su independencia”.

⁷⁰ VIVES ANTÓN, T.S.: “Derecho Penal. Parte Especial”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

⁷¹ DÍEZ – PICAZO, L.M.: “La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno”, Cuadernos y Debates, Serie Minor, CEC, Madrid, 1996.

procedibilidad, como son aquellos que **atentan contra las altas instituciones u órganos del sistema político español o contra las personas que lo encarnan, entre otros, los que comprometen la paz o la independencia del Estado, algunos de los relativos a la defensa nacional o de los que atacan contra la comunidad internacional, los de rebelión o sedición o contra la Corona u otras instituciones del Estado, incluso los de pertenencia o dirección de banda armada** como el que nos ocupa, pero siempre teniendo en cuenta la gravedad y el carácter político del hecho por sus circunstancias específicas”.

Se concluye este epígrafe pues haciendo alusión a la idea de que la seguridad que se desea mantener es tanto interior como exterior ya que ambas redundan en la seguridad del Estado, su soberanía e instituciones y la defensa nacional que son a su vez competencias exclusivas de la Administración General del Estado por su relación inequívoca con materias como las relaciones internacionales, la diplomacia o el ámbito castrense para los cuales las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales carecen de competencias aunque puedan colaborar puntualmente en el mantenimiento de la seguridad y la garantía de la defensa, si bien bajo la coordinación, los criterios y parámetros establecidos siempre por el Gobierno Central.

2.- La “seguridad del Estado” o “seguridad pública” (exterior e interior) frente a la “ciudadana” y el mantenimiento del “orden público” de las policías autonómica y local. Diferentes bienes jurídicos objeto de protección; El caso de la Policía Autónoma Vasca (ex. Art. 106.1 EAPV); Inviabilidad de los Servicios de Inteligencia autonómicos y locales.

Si ya hemos visto términos como la seguridad del Estado y la defensa, se hace necesario plantear ahora otros que por su proximidad pueden inducir a confusión. No son otros que la seguridad pública⁷² y la seguridad ciudadana. No es que sean conceptos totalmente ajenos a la seguridad del Estado. Todo lo contrario. Su mantenimiento contribuye indefectiblemente a esta última ya que parece del todo inviable una seguridad del Estado plena en la que existan permanentes altercados internos propiciados por la violencia callejera, los desórdenes públicos, el terrorismo, etc. Por ello alguno de esos términos, como es el de seguridad pública, se concibe como seguridad interior⁷³ pero también, y en cierta medida, como seguridad exterior del Estado en su conjunto

⁷² La STC. 104/1989, de 8 de junio la ha definido como “actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el *orden ciudadano*”. Parece así que en la concepción del citado Tribunal, la seguridad pública se configura como una categoría más amplia que engloba la propia seguridad ciudadana.

⁷³ La STC. de 8 de abril de 1981 define, a su vez, la seguridad pública como “la preservación del funcionamiento del orden constitucional, el libre desarrollo de los órganos del Estado y el ejercicio pacífico de los derechos y libertades ciudadanas”.

frente a amenazas externas que pongan en peligro la soberanía e independencia del mismo. La seguridad pública a su vez se distingue también de la seguridad ciudadana al ser ésta un elemento más de aquélla. Por ello, de una manera piramidal o ascendente, entendemos que la seguridad ciudadana redunda en la seguridad pública y ésta a su vez en la del Estado.

En estos tres estratos también es destacable la diferencia establecida por los sujetos encargados de su mantenimiento, si bien la división competencial en este caso no es en absoluto rigurosa, encontrándose imbricadas las actuaciones de los distintos actores en función de principios como los de colaboración y cooperación. Así, la seguridad del Estado estará a cargo fundamentalmente de la defensa constituida por las Fuerzas Armadas apoyadas puntualmente, como ya vimos, por “recursos humanos no militares”, mientras que la seguridad pública y especialmente la ciudadana se encuentra a cargo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a los que se les encomienda una doble tarea: informativa o de inteligencia⁷⁴ y la del uso de la fuerza física o intimidación para el mantenimiento del orden público, siendo esta última actividad la que en puridad podría realizarse por las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales. No obstante, también las Fuerzas Armadas podrán a su vez contribuir a su mantenimiento en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente (art. 15.3 LODN⁷⁵) y en la lucha contra el terrorismo (art. 16.c) LODN⁷⁶). Vemos pues que el mantenimiento de la seguridad no se distribuye en compartimentos estanco, sino que existe un sistema de vasos comunicantes en el que puntualmente unos y otros realizan distintas

⁷⁴ El art. 11.1.h) de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dispone que “las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones:...h) Captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la Seguridad Pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia”.

⁷⁵ “Las Fuerzas Armadas, junto con las Instituciones del Estado y las Administraciones públicas, deben preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente”.

⁷⁶ “Las operaciones pueden consistir en....c) El apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra el terrorismo y a las instituciones y organismos responsables de los servicios de rescate terrestre, marítimo y aéreo, en las tareas de búsqueda y salvamento”.

tareas relativas a la seguridad, sea del tipo que fuere. Y es lógico hasta cierto punto, pues la seguridad es un concepto demasiado amplio como para distinguir con precisión ante qué tipo de seguridad nos encontramos en cada momento y determinar en consecuencia la intervención o no de un funcionario público cuyas competencias giran en torno a la misma, corriendo incluso el riesgo, más que de inmiscuirse en competencias ajenas, en la comisión de delitos como la omisión del deber de socorro o la denegación de auxilio ante situaciones flagrantes que ocasionan inseguridad o riesgo sean del tipo que sean. Si esa intervención se exige incluso en muchas ocasiones a los propios particulares como un deber⁷⁷, no digamos ya a cualquier autoridad pública vinculada a la protección, la seguridad y el orden como la policía, protección civil, bomberos, etc., entre cuyas funciones aparece de suyo, aunque sea de manera indirecta, la protección del orden y la seguridad.

Un último argumento a considerar, como corolario de lo dicho anteriormente en cuanto al régimen competencial establecido en la Constitución en el que los distintos tipos de seguridad aparecen diferenciados pero en la práctica se entremezclan, es el hecho de que únicamente es admisible la constitución de servicios secretos a nivel estatal⁷⁸. Así, se reconoce en la propia Ley que regula su actividad, al identificarse como Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia. De sus propios términos podemos deducir que es el propio *Gobierno* el que “determinará y aprobará anualmente sus objetivos” (art.3 LCNI) y que “se encuentra adscrito orgánicamente al *Ministerio de Defensa*” (art.7.1 LCNI). No existen por tanto centros autonómicos o locales de inteligencia o espionaje. Sin embargo, la Comunidad Autónoma Vasca creó el suyo propio mediante Ley 4/1992, en cuyo artículo 106.1 atribuía a la Policía del País Vasco competencias de información e investigación, las cuales no aparecen previstas para las policías autonómicas en el artículo 11.h) de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado⁷⁹, si bien su Disposición

⁷⁷ El art. 4 de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dispone que: “1. *Todos* tienen el deber de prestar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el auxilio necesario en la investigación y persecución de los delitos en los términos previstos legalmente. 2. *Las personas y entidades* que ejerzan funciones de vigilancia, seguridad o custodia referidas a personal y bienes o servicios de titularidad pública o *privada* tienen especial obligación de auxiliar o colaborar en todo momento con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

⁷⁸ Así lo sostienen también autores como REVENGA SÁNCHEZ, M. y DÍAZ FERNÁNDEZ, A. en “¿Servicios de Inteligencia autonómicos?”, CLAVES DE LA RAZÓN PRÁCTICA, núm. 198, diciembre 2009. Aportan para su fundamento razones constitucionales, conceptuales, operativas y logísticas y políticas.

⁷⁹ Ya vimos *ut supra* que la competencia se atribuía en dicho artículo a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del *Estado*. Podría quizás existir entonces un solapamiento de

Adicional 1ª eximía a las policías vasca, catalana y navarra del marco de la LOFCS.

Las SSTC. 175/1999, de 30 de septiembre y 235/2001, de 13 de diciembre no se plantean en modo alguno la cláusula de exclusión de la Disposición Adicional 1ª, en función de la cual reconocieron la función de información de la policía vasca, lo que implícitamente podría suponer que el Tribunal Constitucional estaba legitimando indirectamente la creación de órganos que asumieran esa función a nivel autonómico (en este caso, de un servicio de información de la Policía autónoma vasca). El Tribunal Constitucional confirma en la primera sentencia que la actividad de información era inherente a la de policía y al tener las Comunidades Autónomas competencias sobre ésta última, también implicaba el ejercicio de las informativas. Sin embargo, la segunda sentencia introduce matices a esta primera postura al diferenciar lo que llama “policía material” (*law enforcement*) o de “seguridad pública” de la “actividad prepolicial” o de “policía”, siendo el primer concepto más amplio que el segundo, de manera que englobaría tanto las actividades de información como las del uso de la fuerza, quedando las Comunidades autónomas únicamente con la competencia de “policía” o aquella que implica el uso de la fuerza pero no de las actividades informativas o de “inteligencia”⁸⁰. En cualquier caso, y en la hipótesis de admitir la tesis de la primera sentencia, ya se ha dicho que esas funciones de inteligencia y captación de información quedarían en teoría

funciones con las atribuidas al Centro Nacional de Inteligencia pues el art. 1 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia define a éste como “el Organismo público responsable de facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones”. No obstante, pensamos que ese solapamiento no es del todo exacto ya que la captación y manejo de la información se circunscribe en el ámbito policial para mantener “el orden y la Seguridad Pública”, así como la “prevención de la delincuencia”, mientras que el campo de actuación del CNI lo consideramos más amplio que el meramente representado por actividades que constituyan delito y la prevención y persecución de actos delictivos, como el que define el propio art. 4.a) en la definición de las actividades del Centro en cuanto a que la obtención, evaluación e interpretación de la información se hará “para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España...”. Y todo ello, sin quitar la posible cooperación puntual con otras Administraciones y la colaboración que se precise con organismos e instituciones públicas y privadas para la consecución de los fines que le son propios y que la Ley del Centro Nacional prevé en los epígrafes 2 y 5 del art. 5.

⁸⁰ Para RUIZ MIGUEL, C. en *Op. Cit.* “sería la solución lógica de seguir esta doctrina, lo cual, a nuestro juicio sería deseable”.

constreñidas al ámbito estrictamente delictivo o criminal, de seguridad ciudadana, orden público y delincuencia, cuando la actividad de inteligencia que interesa en relación con la materia de este trabajo va mucho más allá, pues también se dirige a otros sectores como pueda ser el político, comercial, económico, industrial, diplomático-consular, estratégico-militar, etc. Todo ello no quita sin embargo, que esas Fuerzas y Cuerpos de seguridad autonómicos e incluso locales puedan en la práctica colaborar y coordinarse puntualmente con el Estado en el desempeño de esta tarea y que en la práctica, desempeñen funciones de inteligencia de todo tipo, especialmente en lo que atañe a los delitos de terrorismo.

Frente a este planteamiento competencial de inicio, en el que se manifiestan distintas acepciones de la seguridad junto a la contribución a la misma por parte de distintos actores en base al principio de colaboración y cooperación, surgen algunas cuestiones que pueden representar argumentos para ir más allá en las competencias autonómicas y locales en materia de inteligencia que trasciendan la mera cooperación y colaboración con el Estado⁸¹. En primer lugar, el hecho irrefutable de que tanto Comunidades Autónomas como Entidades Locales pueden dictar “actos de Gobierno” no sujetos a derecho administrativo, tal y como reconoce el artículo 37.5.a) LRJPAC. En segundo lugar, el reconocimiento a favor de las Comunidades Autónomas de la potestad legislativa, por lo que sus Parlamentos respectivos podrían dar lugar en hipótesis a uno de los tipos de secretos que hasta ahora se habían visto y que se caracterizaban por su definición por una Ley. ¿Por qué no puede por tanto un Parlamento autonómico reservar una materia del conocimiento público a través de una Ley? Además, se podrían añadir otros argumentos como el reconocimiento que el propio artículo 149.1.29ª CE hace a favor de las Comunidades Autónomas al reconocerles competencias en materia de policía y la posibilidad de que creen sus propios cuerpos “en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una Ley Orgánica” o el reconocimiento que el artículo 147.2.c) y el 148.1.1ª CE hacen a las Comunidades Autónomas de su potestad de autoorganización en función del cual nos podríamos plantear porqué no pueden crear sus propios órganos de inteligencia en defensa de su propia autonomía.

Sin embargo, consideramos que la intervención corresponde al Estado concebido como una unidad territorial, esto es, al Gobierno Central, de manera que su intervención permita una actuación coherente con la finalidad que se pretende conseguir que no es otra que el mantenimiento del Estado democrático y sus instituciones. En nada se

⁸¹ GRACÍA TREVIJANO GARNICA, E.: “Materias clasificadas y control parlamentario”. Revista Española de Derecho Constitucional. núm. 48. Sept-Diciembre, 1996.

opone con la circunstancia puntual de que las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales puedan dictar “actos de Gobierno” no sometidos a derecho administrativo que puedan ser objeto de clasificación, pues ésta vendrá propiciada no por razones de seguridad o defensa, sino por ser cuestiones que así se prevén en el artículo 37.5.a) LRJPAC, es decir propias de su gestión política, fuera del ámbito de la LSO, por ser esta última una Ley que entendemos referida a la seguridad y defensa del Estado como competencia del Gobierno Central⁸². De ahí que se defendiera en páginas anteriores la conveniencia de haber denominado a los secretos como “secretos de Estado” en detrimento de la denominación “secretos oficiales” que pudiera inducir a una interpretación confusa por ser mayor la amplitud interpretativa del término en el sentido de entender incluidas en el mismo otras instancias distintas a la puramente central.

En cuanto a la posibilidad de que una Comunidad Autónoma clasifique una materia por Ley por el hecho de disponer de la potestad legislativa, interpretamos que, aunque formalmente sería posible, pues la Ley podría ser aprobada en el ejercicio legítimo de dicha potestad, lo estaría haciendo, sin embargo, en un ámbito competencial que correspondería a la Administración estatal en el caso de que la citada clasificación se correspondiera con razones de seguridad que, en sus distintas acepciones, la entenderíamos como la referida a la del Estado y no a la de cada Comunidad Autónoma. Esta interpretación parece respaldada, por ejemplo, con un análisis de distintas Leyes de Presupuestos de las Comunidades Autónomas en las que no aparece mención alguna a los fondos reservados a los que precisamente se aluden en el artículo 1 de la Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los Créditos destinados a Gastos Reservados, como aquellos que “se consignen como tales en las Leyes de Presupuestos Generales del *Estado* y que se destinen a sufragar los gastos que se estimen necesarios para la defensa y seguridad del Estado”. Es evidente pues, que estos gastos no aparecen consignados porque responden a actividades que no entran dentro de las competencias autonómicas⁸³.

⁸² El art. 1 LSO hace alusión a los “órganos del Estado” como ámbito de aplicación de la Ley, si bien el término Estado puede interpretarse tanto desde una perspectiva integral, en la que se aglutinan todas las instancias de organización administrativa que integran el mismo, o bien desde su interpretación de Administración Central. Sin embargo, el art. 4 no deja margen de dudas cuando establece que la calificación de las materias correrá a cargo del Consejo de Ministros o la JUJEM.

⁸³ Y ello, a pesar de que en la práctica, no es extraño encontrar en los Presupuestos Generales de las Comunidades Autónomas partidas destinadas al pago de confidentes.

Por otra parte, respecto a la cuestión de que a las Comunidades Autónomas tengan competencias en materia de policía, ello no condiciona la interpretación dada a la seguridad y defensa estatal y la titularidad de la competencia, pues el espíritu con que entendemos debe interpretarse es bajo el prisma del auxilio mutuo y la coordinación, colaboración y cooperación entre los Cuerpos y Fuerzas de seguridad o entre éstos y las Fuerzas Armadas en el mantenimiento del orden público y la seguridad ciudadana, distintas del concepto de seguridad del Estado aunque estrechamente relacionados, ya que, como vimos, aquéllas son las que se encargan de sustentar esta última. Así, esta coordinación, colaboración y auxilio mutuo se reconocen en los artículos 45, 49, 50 y 51 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a lo que contribuyen el Consejo de Política de Seguridad (para las Comunidades que no tengan cuerpos de policía propios) y las Juntas de Seguridad⁸⁴ (para aquellas que sí los tengan).

Lo mismo ocurre con los cuerpos de policía local, que al amparo del artículo 54 de la citada Ley Orgánica deberán colaborar con los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado según las formas y procedimientos aprobados en la Junta Local de Seguridad.

De otra parte, el artículo 20.1 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa nacional y la Organización Militar, establecía que “contribuirán en todo caso a la defensa nacional...las policías de las Comunidades Autónomas y cualesquiera otras del ámbito local”. Ya vimos que la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa nacional contempla esa contribución en los arts. 25, 27 y 28 en referencia a la Guardia Civil, la Policía Nacional y Protección Civil respectivamente. Por tanto, esta labor es de colaboración bajo la dependencia de los órganos del Estado central y nunca se tratará de contribuir a la defensa de manera autónoma. De hecho, es el propio artículo 8 CE el que asigna a las Fuerzas Armadas la función de “garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”.

Pero es que además, el artículo 104.1 CE atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la misión de “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”, por lo que,

⁸⁴ RUIZ MIGUEL, C.: *Op. cit.*, p. 203. El autor postula que el deficiente funcionamiento de las Juntas de Seguridad...hace deseable que, bien se les dote de competencias de coordinación específicas en materia de inteligencia, o bien se atribuyan competencias de coordinación a algún órgano del Estado.

entendemos, no debe confundirse la seguridad ciudadana⁸⁵ o mantenimiento del orden público mediante el uso de la fuerza con la seguridad (exterior e interior) del Estado, pues estas últimas las consideramos que se dirigen a otros ámbitos delimitados por la soberanía y la integridad territorial y que implican tanto actos de información e inteligencia como del uso de la fuerza, si bien ya hemos dicho que todos los conceptos aparecerán estrechamente vinculados al ser unos presupuesto de otros.

Por tanto, los distintos cuerpos de policía se ocuparán del orden público y la seguridad ciudadana en sus distintos niveles territoriales y competenciales y las Fuerzas Armadas se encargarán de la defensa nacional en aras del mantenimiento de la seguridad del Estado, si bien podrán recibir para ello la colaboración puntual de los cuerpos de policía, pues es evidente que el mantenimiento de la seguridad ciudadana y el orden público redundarán indefectiblemente en favor de la seguridad del Estado.

3.- Inadmisibilidad de la clasificación autonómica y local de documentos por razones de seguridad estatal y/o defensa nacional.

Queremos volver a reseñar en este epígrafe la cuestión relativa a la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, y al albur de la misma, la hipotética creación por éstas de unos Servicios de Inteligencia propios. Ello se descarta por algunos autores⁸⁶ debido a que en principio los Servicios de Inteligencia se crean para la defensa de la Constitución y ésta en principio es competencia del Tribunal Constitucional, debiendo el resto de poderes públicos acatar la Constitución, lo que implica un deber de lealtad o acatamiento pasivo de la misma pero no les confiere una potestad (y mucho menos exclusiva) para su defensa. En cualquier caso, se podría considerar su creación a nivel autonómico para la defensa de sus Estatutos pero éstos, a su vez son parte integrante del ordenamiento jurídico del Estado y, a la sazón, normas estatales, por su carácter de Ley orgánica, siendo el Estado el que, en última instancia, ampara y defiende dichos Estatutos.

De esta manera, las Comunidades Autónomas no clasificarán actos o documentos como “reservados” o “secretos”. Se limitarán a excluir del conocimiento parlamentario, judicial o de la ciudadanía en general aquellos que por su contenido político o de oportunidad, se

⁸⁵ Según la STC. 33/1982, de 2 de junio, se define como “..la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano”.

⁸⁶ RUIZ MIGUEL, C.: *Op. cit.*, p. 195.

consideren no susceptibles de ser conocidos o enjuiciados por aquéllos debido a razones de diversa índole, no incluyéndose entre éstas las que afecten a la seguridad o defensa del Estado⁸⁷. Estas últimas quedarán excluidas del conocimiento en el ámbito de las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales, pero bien porque existe previamente una clasificación realizada por el Gobierno del Estado (Consejo de Ministros o JUJEM) o porque los funcionarios autonómicos o locales consideren que puede afectar a la citada seguridad del Estado o la defensa nacional y lo pongan en ese caso en conocimiento de la Administración Estatal (Consejo de Ministros o JUJEM) para que sea ella únicamente la que decida al respecto. Resulta sin embargo sorprendente como el art. 6 LSO⁸⁸ y 4 RSO⁸⁹ consideran que dicha actividad de puesta en conocimiento se configure como un deber solo para “el personal de la Administración del Estado o de las Fuerzas Armadas”, dejando, parece ser, al libre arbitrio de los funcionarios autonómicos y locales la decisión de dar a conocer los asuntos que reúnan las condiciones del art. 2 LSO. Tampoco ayuda el hecho de que el art. 8.c) LSO circunscriba el deber de proteger las materias clasificadas únicamente al personal al servicio de “la Administración del Estado y en las Fuerzas Armadas”.

⁸⁷ Así, para EMBID IRUJO, A.: “El ciudadano y la administración, Madrid; INAP, 1994, - p.118- “muy difícilmente la seguridad y defensa del Estado podrá ser aducida por una administración local o autonómica para negar el derecho de acceso a sus archivos y registros en cuanto que no existe ninguna relación, en principio, entre la competencia y el interés de estas Administraciones y la seguridad y defensa del Estado”.

⁸⁸ “*El personal de la Administración del Estado o de las Fuerzas Armadas que tenga conocimiento de cualquier asunto que, a su juicio, reúna las condiciones del artículo 2, deberá hacerlo llegar a alguno de los órganos comprendidos en el artículo 4 en la forma que reglamentariamente se determine*”.

⁸⁹ “*Cualquier persona que preste sus servicios en la Administración del Estado o en las Fuerzas Armadas, sea cual fuere su situación, que tenga conocimiento de cualquier asunto que, a su juicio, reúna las condiciones de «secreto» o «reservado», o conozca de la revelación a persona no autorizada de materias clasificadas, o compruebe el extravío de cualquier documento o material clasificado, deberá poner estos hechos, inmediatamente, en conocimiento de su Jefe inmediato. Este Jefe, siguiendo el proceso reglamentario más rápido, lo pondrá, igualmente, en conocimiento del Jefe del Servicio de Protección de Materias Clasificadas del Ministerio en el cual preste sus servicios, en su defecto, del Director general o autoridad equivalente del Organismo al cual la materia de referencia estuviera confiada o de aquel a quien afectare la revelación de información o el extravío del documento o material de referencia*”.

Únicamente a través del art. 9.1 LSO⁹⁰ se podría amparar el deber del personal al servicio de las Administraciones autonómicas y locales de poner en conocimiento las materias clasificadas al hacer referencia genérica a “la persona” a cuyo conocimiento o poder llegue cualquier “materia clasificada” (pero no que se pueda intuir que sea susceptible de clasificación) y que le conste esta clasificación. Esta persona estará obligada a mantener el secreto y entregarla a la Autoridad civil o militar más cercana, y si ello no fuese posible, a poner en conocimiento de ésta su descubrimiento o hallazgo, para que posteriormente, esa autoridad civil o militar lo comuniqué sin dilación a la Administración Estatal (Departamento Ministerial que estime interesado o a la Presidencia del Gobierno). Parece pues, que la norma solo prevé como techo máximo competencial de los funcionarios autonómicos o locales el deber de poner en conocimiento los asuntos clasificados, lo cual carece de sentido, por lo que estimamos que ese deber existe también cuando los citados funcionarios puedan intuir que previsiblemente afecten a la seguridad del Estado o la defensa nacional y tanto si la información es facilitada por un particular como si cae en manos del funcionario autonómico o local como consecuencia del desempeño de sus tareas en la tramitación de expedientes.

4.- Los casos paradigmáticos del CESID a nivel estatal y de los ERES en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Materias clasificadas frente a la reserva de los actos del Gobierno.

En este sentido, y por lo paradigmático del asunto, resulta de lo más esclarecedor los acontecimientos que se suscitaron en la Comunidad Autónoma de Andalucía en torno a la investigación judicial sobre la comisión de presuntos delitos por el Gobierno andaluz en la aprobación presuntamente fraudulenta por parte de la Consejería de Economía y Hacienda de expedientes de regulación de empleo (ERE) a favor de personas que percibieron a cargo de fondos públicos prejubilaciones por trabajos en empresas que nunca habían realizado. La Juez encargada de la investigación solicitó para ello las actas del Gobierno andaluz desde 2001 hasta 2011 y éste se negó inicialmente a la petición invocando el carácter “reservado” de las mismas y que solo él mismo tenía la capacidad de decidir cuándo se hacían públicas en virtud de la Ley de

⁹⁰“La persona a cuyo conocimiento o poder llegue cualquier materia clasificada, conforme a esta Ley, siempre que le conste esta condición, estará obligada a mantener el secreto y entregarla a la autoridad civil o militar más cercana y, si ello no fuese posible, a poner en conocimiento de ésta su descubrimiento o hallazgo. Esta autoridad lo comunicará sin dilación al departamento ministerial que estime interesado o a la Presidencia del Gobierno, adoptando entretanto las medidas de protección que su buen juicio le aconseje”.

Gobierno de Andalucía. Llama la atención el paralelismo que el caso guarda con el de los papeles del CESID y el enfrentamiento del Juez instructor con el Ministerio de Defensa para la obtención de documentos que el Gobierno estatal también declaró clasificados y por tanto imposibles de facilitar, produciéndose un episodio hasta aquel momento inédito entre los Poderes Judicial y Ejecutivo que dio lugar a la STCJ. de 14 de diciembre de 1995 (Conflicto de jurisdicción 10/1995-T) y las SSTs. de 4 de abril de 1994 y que provocaron un giro muy interesante en la jurisprudencia de nuestro país sobre la materia. En la Comunidad Autónoma Andaluza el conflicto dio lugar a la STCJ. de 20 de septiembre de 2011, recaída en el conflicto de jurisdicción 3/2011, suscitado entre la Junta de Andalucía y el Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla, que será objeto de análisis más adelante, y que anticipamos en este epígrafe parte de su FJ. Cuarto al no poder ser más esclarecedor al respecto,

“Puede añadirse, para concluir este apartado, que **nada tiene en común la reserva a que se refiere el art. 31.1 de la citada Ley 6/2006** [es la de Gobierno de Andalucía respecto al carácter secreto o no de las Actas del Consejo de Gobierno], **con la regulación de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales**, que se invoca por el Ministerio Fiscal y se refiere en otros escritos de las partes, Ley en la que se posibilita la declaración de materias reservadas por el contenido y alcance de los actos, documentos, informaciones o datos en cuanto “pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado” (art. 2).”.

Pese al paralelismo innegable de estos dos casos, las razones de la negativa en uno y otro caso no pueden ni siquiera asemejarse pues los bienes jurídicos en liza son completamente diferentes como no puede ser de otra manera. Si en el caso de la Comunidad Autónoma, las razones solo pueden encontrar soporte jurídico en la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, respondiendo el secreto de los actos de Gobierno a elementales razones de prudencia institucional, en el del Estado podría invocarse tanto la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, como la Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de los Secretos Oficiales, modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre de Secretos Oficiales, cuyo fin se dirige a la protección de la seguridad del Estado y la defensa nacional. Hay, por tanto, diferencias tanto de régimen jurídico como respecto a las causas o fines que se pretenden conseguir con la ocultación de la información.

Las Leyes de Gobierno, tanto estatal como autonómica, aluden al secreto de las “actas” o “deliberaciones” del Gobierno reunido en Consejo, aunque no así respecto de los Acuerdos a los que llegan finalmente, entre otras cosas porque los mismos son finalmente objeto de publicación en los boletines oficiales respectivos. En cuanto a la Ley de Secretos Oficiales, entendemos que solamente sería alegable por la Administración Estatal, pues la misma está prevista para evitar que el conocimiento por terceros de determinada información pueda poner en peligro la seguridad Estatal o la defensa nacional. ¿Cómo podría pues

alegar la comunidad autónoma andaluza u otra cualquiera este bien jurídico como razón para excluir el conocimiento de determinados documentos? Es evidente que carecería de sentido esgrimir estas razones cuando las cuestiones o materias objeto de debate giran en torno a investigaciones judiciales sobre delitos cometidos a nivel autonómico que nada tienen que ver con la seguridad del Estado y la defensa nacional y que, en el hipotético caso de que esos delitos tuvieran que ver con la mencionada seguridad o defensa, de alguna forma, sería necesario la remisión de la cuestión a instancias Judiciales superiores como el Tribunal Supremo.

En la Ley de Gobierno estatal se hace alusión al secreto de los actos del Gobierno por razones diferentes a la seguridad del Estado o la defensa nacional en dos artículos fundamentalmente. Así, el art. 5.3 de la misma dispone que,

“Las deliberaciones del Consejo de Ministros serán secretas”.

El art. 18.2 distingue entre distintos tipos de reuniones ya que determina que,

“Las reuniones del Consejo de Ministros podrán tener carácter decisorio o deliberante”.

Y el art. 18.4, que,

*“De las sesiones del Consejo de Ministros se levantará acta en la que figurarán, exclusivamente, las circunstancias relativas al **tiempo y lugar** de su celebración, la relación de **asistentes**, los **acuerdos** adoptados y los **informes**⁹¹ presentados”.*

De todo ello, se colige pues que las reuniones deliberantes del Consejo de Ministros serán secretas.

En cuanto a la Ley de Gobierno Autonómica de Andalucía, se hace preciso invocar varios preceptos como el art. 31.2 al establecer que,

*“Las **deliberaciones** del Consejo de Gobierno, así como las **opiniones o votos** emitidos en él, tendrán carácter secreto, estando obligados sus integrantes a mantener dicho carácter, aun cuando hubieran dejado de pertenecer al Consejo de Gobierno”.*

⁹¹ Cabría pensar que al incluir preceptivamente como contenido de todas las actas los informes, se está otorgando implícitamente el carácter secreto a *todas* las reuniones, pues aquéllos se someten al Consejo de Ministros para su deliberación, y ya hemos visto que las reuniones deliberantes tienen el carácter de secreto.

El art. 34.2, por su parte mantiene que,

“La Secretaría del Consejo de Gobierno remite las convocatorias, levanta acta de las reuniones y da fe de los acuerdos mediante la expedición de certificaciones de los mismos. Igualmente, vela por la correcta publicación de las disposiciones y acuerdos que deban insertarse en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.”.

De la mención de estos artículos se puede concluir que lo que realmente es secreto y no susceptible de publicidad son las *deliberaciones, las opiniones o los votos*, es decir, todas aquellas consideraciones e incidencias que se dan internamente en los Consejos, analizando los pros y contras de los motivos de las decisiones antes de llegar a distintos Acuerdos que son los que finalmente se publican en los boletines oficiales. Parece ser pues ese el espíritu que refleja la normativa estatal, al disponer que las Actas reflejarán o harán públicas “exclusivamente” las *circunstancias relativas al tiempo y lugar de su celebración, la relación de asistentes, los acuerdos adoptados y los informes presentados*, por lo que se deduce de sus términos, que en las mismas no se deja constancia de esas deliberaciones, opiniones y votaciones, por lo cual no tendría demasiado sentido el secreto de las actas, que además, por su propia naturaleza son públicas, tal y como ha manifestado la STCJ. de 20 de septiembre de 2011 ya citada que no dudó en puntualizar al respecto que,

“Pues bien, las actas en general constituyen un tipo de documento con presencia en muy variados ámbitos jurídicos: notarial, Judicial, administrativo, por citar algunos, con diverso contenido, pero con una finalidad común, cual es, **dejar constancia** de hechos, acuerdos o decisiones y ello, en general, con la intervención de los correspondientes fedatarios, es decir, **tienen por objeto informar y dar a conocer lo sucedido de manera oficial y fehaciente, configurándose así como documentos públicos**, según resulta, entre otros, de los números 1º, 2º y 5º del art. 317 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Por lo tanto, no es conforme a su naturaleza mantener o defender el carácter reservado de las actas así configuradas”.

Siendo público todo aquello que en principio se incorpore a las actas, el Tribunal continúa declarando que,

“el legislador autonómico distingue en los arts. 30.3 y 31 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, entre aquellos aspectos de las sesiones del Consejo que **se hacen públicos a través de su incorporación a las actas, que incluyen los «informes presentados»**, y aquellos otros reservados o secretos que se recogen en el art. 31...”.

Igualmente se podría concluir de los términos literales del art. 18.2 de la Ley de Gobierno estatal, al clasificar las reuniones del Consejo de Ministros en *decisorias o deliberantes*, pues si la interpretamos en su literalidad, no deberían ser secretas las actas de las

reuniones que fueran decisorias y no deliberantes⁹². Queda por tanto planteada al menos la dudosa negativa del acceso a aquellas actas de reuniones no deliberantes o decisorias o respecto de aquellas en que no se deje constancia alguna de las deliberaciones al no haberse presentado al Consejo de Ministros informe alguno para ello. El problema es que para conocer la condición de las actas, solamente se podría hacer a través del acceso a las mismas, pero como las deliberantes se definen *a priori* como secretas, nos encontramos en un círculo vicioso difícil de salir, pues no podemos conocer el carácter de la reunión sin acceder a las actas pero no podemos acceder a las actas para conocer el carácter de la reunión, por lo que nunca se podrá conocer el carácter de las mismas, salvo que gocen de la calificación con carácter previo, siendo entonces evidente su condición y la consecuente exclusión de su acceso.

Cuestión distinta parece derivarse de la normativa autonómica en la que no se distinguen en principio las categorías de reuniones decisorias y deliberantes ni se determina el carácter secreto *apriorístico* de las actas de las reuniones deliberantes, al no incluir en el contenido de dichas actas los informes presentados para su deliberación, mencionándose esta condición solamente respecto de las *opiniones, votos y deliberaciones* del Consejo. Por tanto, y a diferencia del Gobierno estatal, sí será posible acceder a todas las actas para discernir si en ellas se ha incluido deliberaciones, opiniones y votos (si en definitiva, se le han sometido informes para que emita su opinión) y en caso contrario (es decir, en aquellos en que solo se reflejan los acuerdos adoptados), permitir el acceso a las mismas.

⁹² Es obvio, y como de manera acertada ha expresado FERNÁNDEZ CARNICERO, C.J.: “Comentarios a la Ley del Gobierno”, Ed. INAP, Madrid, 2002, p. 236, que la distinción entre decisorias y deliberantes no supone “que solo se delibere en aquellos asuntos incluidos en el orden del día <<para informe>> del Consejo. De otra parte, refuerza nuestro argumento al afirmar que la clasificación de las reuniones en las dos categorías mencionadas no supone “,y así lo acredita la práctica, el que en una reunión concurren necesariamente deliberaciones y decisiones”, pues si esto es así, en aquellas reuniones en las que no concurren decisiones y se trate solo de deliberaciones, las actas deberán ser secretas, pero no así en los casos en que no concurren deliberaciones y solo se tomen decisiones en cuyo caso no estaría justificado el secreto. No obstante, se nos antoja excesivamente teórica la distinción, pues a nadie escapa el hecho de que normalmente en este tipo de reuniones existan tanto deliberaciones como decisiones. Solamente se podría saber formalmente esta circunstancia atendiendo al contenido del acta (art. 18.4 Ley de Gobierno) en cuanto a si se incluyen solo los acuerdos adoptados, solo los informes presentados para deliberar o ambos. El problema es que al ser las actas de las sesiones deliberantes secretas *a priori* no sería en ningún caso posible discernir el carácter deliberante o decisorio de la reunión en función de estos criterios.

De otra parte, no se entiende muy bien porqué esas actas no se podrían desvelar parcialmente suprimiendo aquellas partes que hagan mención a las citadas deliberaciones o votos. Así lo entiende la STCJ. de 20 de septiembre de 2011, cuando recuerda que,

“Se deduce de ello que, si tal caso se diese, el Consejo de Gobierno, tras una identificación del acta o actas correspondientes, tendría la posibilidad de dirigir al Juzgado dicha exposición razonada denegatoria, pero bien entendido que **ello solo puede afectar a ese concreto y efectivo contenido reservado del acta no al resto de la misma que no pierde su carácter público** y que, en todo caso, ha de plantearse de manera razonada en relación con el acta o actas concretas en las que se aprecie ese contenido impropio de las mismas y afectado por el carácter secreto o reservado. **No es procedente, por lo tanto, la genérica negativa a la remisión de las actas solicitadas por la sola afirmación, sin la necesaria concreción, de que pueden contener documentos reservados o aspectos secretos de las deliberaciones, opiniones o votos.** De manera que tampoco desde este punto de vista se justifica el requerimiento de inhibición dirigido al Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla y la consiguiente denegación de remisión de las actas solicitadas, **sin perjuicio de que el Consejo de Gobierno pueda excluir de dicha remisión, fundadamente, la parte del acta o actas que se refieran a dichas materias reservadas**”.

En definitiva, o las Actas no contienen deliberaciones y votaciones, por lo que se pueden facilitar, o bien contienen deliberaciones y votos, en cuyo caso solo se podrían facilitar parcialmente o negar llanamente su cesión *a radice*, permitiendo exclusivamente el acceso a los Acuerdos finales que son ya públicos por sí mismos en los Boletines Oficiales al exigirlo así la Ley y que en realidad poca cosa aportarán a las investigaciones. Ahora bien, si las actas no contienen votaciones, deliberaciones o votos, cabría plantearse el fin con el que las solicita el Juez, pues si solo contienen los acuerdos, a éstos se puede acceder fácilmente mediante una simple consulta en los Boletines Oficiales sin necesidad de realizar más trámites.

Visto el régimen del secreto de las actuaciones gubernamentales estatales y autonómicas con carácter general, es necesario hacer una reseña especial a la Ley de Secretos Oficiales, cuyo art. 2 establece que,

“A los efectos de esta Ley podrán ser declaradas materias clasificadas los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado”.

Si con la Legislación reguladora de los Gobiernos estatal y autonómicos la exclusión se hacía simplemente por deseo del legislador a través de una Ley por tratarse de actuaciones gubernamentales sobre las que no se considera oportuna su publicidad, en este caso la clasificación responde a un interés bien distinto como es la protección de la seguridad del Estado y la defensa nacional. De cualquier manera, siempre debe haber una razón (bien jurídica, valor o principio constitucional e incluso un derecho fundamental) que ampare el secreto. Con los actos de Gobierno, la reserva realizada por Ley puede dar lugar

a esa exclusión del conocimiento público por la mera razón de estar así dispuesto por la misma, lo cual, *a priori*, puede no constituir razón alguna o suficientemente plausible sino se justifica de una manera más detallada o se fundamenta en un bien jurídico determinado, como ocurre sin embargo en el caso de las clasificaciones que traen causa de la Ley de Secretos Oficiales, las cuales deberán venir amparadas por la seguridad del Estado y la defensa nacional, si bien no bastará con su mera mención sino que, además, se deberá motivar en qué manera o por qué causas la publicidad puede afectar de manera efectiva a estos bienes constitucionales.

5.- *Los arts.105.b) CE y 37.5.b) LRJPAC relativos a "la información sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado" frente al art. 37.5.a) LRJPAC regulador de "la información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a derecho administrativo".*

Estos últimos bienes jurídicos mencionados dan también pie a una interpretación de las normas en juego de forma que los artículos 105.b)⁹³, el 37.5.b)⁹⁴ y el 37.6.a)⁹⁵ LRJPAC estarían haciendo alusión al mismo bien jurídico⁹⁶, mientras que el supuesto contemplado en el artículo 37.5.a)⁹⁷ LRJPAC aludiría a otro ámbito diferente de actos del

⁹³“La Ley regulará:...b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la **seguridad y defensa del Estado**, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

⁹⁴“El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes:...b) Los que contengan información sobre la **Defensa nacional o la Seguridad del Estado**”.

⁹⁵ “Se regirán por sus disposiciones específicas: a) El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre **materias clasificadas**.”

⁹⁶ En este sentido, FERNÁNDEZ RAMOS, S. – *Op. cit.*, p.475- mantiene que “la excepción prevista en el apartado 5.b) no puede interpretarse como una vía para extender el secreto por razones de seguridad del Estado más allá de lo que ya permite la potestad de clasificación de la LSO, puesto que...el bien jurídico protegido por ambas normas es idéntico. Es decir, el ámbito de las materias clasificadas es idéntico al excluido por el artículo 37.5.b), de modo que la única diferencia entre ambas excepciones estribaría en que haya mediado o no previamente el acto formal de clasificación del documento como materia secreta o reservada, y ello como técnica preventiva de protección de la información”.

Gobierno, y por ello se hace su mención en un epígrafe aparte. De lo contrario, hubiera bastado con aludir el apartado a) del artículo 37.5 LRJPAC sin ser necesario hacer la mención posterior en el apartado b) a los expedientes que “contengan información sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado”. Entendemos que la separación puede corresponder a una causa sobre la que se hablará en capítulos más adelante, y no es otra que, a pesar de que ambas categorías se configuren inicialmente como actos del Gobierno, los del art. 37.5.a) LRJPAC son actos políticos puros o de oportunidad imbuidos de una iniciativa orientadora e innovadora de los designios de la Nación encauzados a través del diseño e implementación de las políticas públicas correspondientes, mientras que los actos del Gobierno a los que se refiere el art. 37.5.b) LRJPAC no son más que meras actuaciones ejecutivas de una Ley por parte de ese Gobierno, aunque sea al albur de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados como puedan ser la seguridad del Estado y la defensa nacional.

Lo mismo ocurriría entre los artículo 37.5.b) y 37.6.a) LRJPAC, dentro de las actuaciones meramente ejecutivas del Gobierno, ya que su diferenciación se basa en la especialización que se les quiere dar a aquellos actos que puedan poner en peligro la seguridad y la defensa del Estado y que son, por tanto, potencialmente objeto de clasificación y de protección aunque no se encuentren formalmente clasificados frente a aquellos que si se encuentran clasificados como técnica de exclusión del acceso a la información. Del artículo 105.b) CE derivarían los artículos 37.5.a) que hace alusión a la categoría general representada por los actos constitucionales o políticos del Gobierno (Estatales, autonómicos y Locales), y ya en el ámbito de las competencias e intereses estatales (Administración del Estado o Gobierno central), se encontrarían las “materias clasificadas” del artículo 37.6.a)⁹⁸ LRJPAC que, a su vez, englobaría los actos del artículo 37.5.b) LRJPAC que alude a aquellos actos susceptibles por su contenido de ser clasificados y de especial protección⁹⁹.

⁹⁷“El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes: a) Los que contengan información sobre las **actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo**”.

⁹⁸ Para VILLAYERDE MENÉNDEZ, I.: “Los derechos del público”, Madrid, Tecnos, 1995 - p.121-, bastaría con esta categoría pues en ella se recogen todos los supuestos previstos en el artículo 105.b) CE. No compartimos esta postura, pues los asuntos que contengan datos sobre la seguridad del Estado y la defensa nacional se tratan en un epígrafe aparte y exclusivo como *asuntos ajenos o diferentes* a los ejercidos al amparo de competencias constitucionales no sujetas a derecho administrativo.

⁹⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, S. – *Op. cit.*, p.476- confirma que el supuesto del artículo 37.5.b) LRJPAC “se trata de una vía complementaria a la técnica preventiva de

Aunque se verá más adelante, es discutible esta última forma de limitación del acceso a la información que hace el art. 37.5.b) LRJPAC por el mero hecho de que “contenga” datos sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado. Avanzaremos que, aunque el art. 1.2 LSO dispone que serán secretas las materias así declaradas por Ley sin necesidad de previa clasificación y el art. 37.5.b) LRJPAC, haciendo aplicación de dicho artículo, prevea el supuesto mencionado, entendemos que sería muy conveniente la reforma del mismo de manera que la limitación viniese dada no por el mero contenido sino porque el mismo afecte de manera real, efectiva, cierta y patente a la defensa nacional y la seguridad del Estado sin que queden resquicios para pensar que el riesgo es inexistente o relativo.

6.- Al igual que el secreto, la seguridad también es un concepto que se internacionaliza: la pérdida de protagonismo de los Estados en la gestión de las crisis fruto de la globalización y la hegemonía Norteamericana. Nuevos factores de inseguridad: crisis financieras y nuevas tecnologías.

Con independencia de todas estas consideraciones jurídicas, que son principalmente el objeto de este estudio, no nos resistimos antes de terminar el presente capítulo a introducir algunas consideraciones sociopolíticas que pueden inducir a la reflexión en esta materia y que deben influir en la visión o perspectiva que se tenga sobre la misma, especialmente para el legislador que se vea abocado a la elaboración de normas sobre el secreto más acordes a la realidad que nos rodea y especialmente para reincidir en la inviabilidad del ejercicio de competencias clasificatorias por parte de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales. Así, cierto sector doctrinal¹⁰⁰ manifiesta por una parte, que la alta política hoy solo la hace Estados Unidos y el resto de los países se limitan a administrar. Con ello, pretende desactivar en buena medida la argumentación de que la denegación al acceso a la información se pueda justificar en la seguridad del Estado y su vinculación con la actividad política y su correspondiente exclusión del control jurisdiccional.

En la misma dirección de sustentar el progresivo desapoderamiento estatal, también merece la pena hacer mención a

materias clasificadas” pues “carecería de sentido negar tal protección por el mero hecho de que a la fecha de la petición del documento no hubiere recaído el acto formal de clasificación”.

¹⁰⁰ JORDANO FRAGA, J.: *Op. Cit.* Pp. 417-446.

distintas reflexiones por parte de otro sector doctrinal¹⁰¹ en este caso en torno a la justificación de la existencia del Estado, entre cuyas causas se encuentran a lo largo de la historia la religión, la seguridad, la justicia y el bienestar, todas ellas denostadas por una realidad que, según ese sector doctrinal, ha terminado por desvirtuarlas. De esta forma se plantea qué queda al Estado en pleno siglo XXI si las corrientes migratorias, la seguridad, la salud humana y animal y la conservación de la naturaleza y hasta del patrimonio cultural han dejado de corresponderle. Fruto de la globalización y la privatización de los servicios, el Estado ha ido retrocediendo en su justificación y, como corolario de este fenómeno, el de la seguridad del mismo.

Actualmente el riesgo de amenazas de unos Estados sobre otros está lejos de llegar a las tensiones que se originaron en el siglo XX con dos guerras mundiales y los conflictos provocados por la beligerancia Norte-Sur y Este-Oeste. Hoy en día estimamos que las posibles amenazas suelen ser más sutiles a través, por ejemplo, de operaciones de mercado, crisis financieras, boicots de diverso tipo o ataques informáticos y su origen no se ubica tanto en enfrentamientos bélicos entre Estados o los clásicos Estados-Nación a través de sus respectivos ejércitos, sino en fenómenos internacionales como el terrorismo, el blanqueo de dinero, la especulación financiera, etc. para los que los parámetros clásicos de los Estados soberanos y la protección y la seguridad nacional sustentada en la fuerza militar han quedado desfasados, pues por lo general las soluciones y medidas viene dictadas en la esfera internacional a través de organizaciones internacionales, Tratados e incluso Organizaciones no gubernamentales o lo que se ha venido en conocer como los “mercados”.

Los problemas de seguridad se hacen pues globales¹⁰² y trascienden de esta manera la soberanía tradicional de los Estados, por lo que concluimos que si incluso el Estado se muestra en la actualidad inoperante en estas cuestiones, mucho más lo serán niveles territoriales inferiores como las Comunidades Autónomas o Entidades Locales. Se

¹⁰¹ NIETO, A.: “Balada de la justicia y la ley”, Ed. Trotta, 2002, pp.24 a 28. También, ABA CATOIRA, Ana en *Op. Cit.*, para quien “son grandes las diferencias entre el modelo de Estado *orwelliano*, basado en el control totalitario a través del monopolio de la información, y los Estados actuales en un contexto global donde las estructuras del poder se han transformado y aparecen la descentralización y la difuminación de las fronteras entre lo público y lo privado”.

¹⁰² ABA CATOIRA, Ana en *Op. Cit.*, “...acontecimientos, recientes en el tiempo y frescos en nuestra memoria, como los atentados terroristas en los Estados Unidos del 11 de septiembre de 2001, nos impiden olvidar que ahora la amenaza no reside tanto en ataques provenientes de otros Estados enemigos, como siempre ha sucedido, sino que ahora el enemigo es global y no tiene rostro”.

hace pues aún más difícil entender el término seguridad del Estado, y la compatibilidad de la adopción de decisiones unilaterales por parte de éste, dándose la paradoja de que se encuentra a su vez dentro de organizaciones internacionales con competencias en la materia (OTAN, UEO, la PESC, etc.)¹⁰³. Así parece confirmarlo por ejemplo, el hecho de que la Ley Orgánica de la Defensa nacional prevea en su art.19 las “condiciones de las misiones en el exterior” bajo “Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o acordadas, en su caso, por organizaciones internacionales de las que España forme parte, particularmente la Unión Europea o la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), en el marco de sus respectivas competencias”. También es de destacar en este sentido como la propia Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia establece en su art. 4.c) como una de sus funciones la de “promover las relaciones de cooperación y colaboración con Servicios de Inteligencia de otros países o de Organismos internacionales, para el mejor cumplimiento de sus objetivos”.

Vemos pues que si los secretos se plasmaban jurídicamente en España en el ámbito de los Tratados y las relaciones Internacionales allá por los umbrales del siglo XIX para deslegitimarlos mediante la supresión de su poder derogatorio o la eliminación de su carácter vinculante, ahora se cierra el círculo en las postrimerías del siglo XX e inicios del siglo XXI, volviendo a recobrar fuerza el aspecto internacional en este caso como fuente de nuevas amenazas y factor de innovadores objetivos en cuanto a la información susceptible de secreto.

Así parece haberse constatado en el reciente Borrador de ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE SEGURIDAD de mayo de 2011, elaborado por JAVIER SOLANA en el que como principales amenazas a la misma se han puesto de manifiesto el crimen organizado (tráfico de armas, drogas, seres humanos, blanqueo de capitales, etc.), ciberamenazas, inmigración ilegal (flujos migratorios excesivos y no controlados), armas de destrucción masiva y de que éstas caigan en manos de terroristas y la vulnerabilidad energética, así como la alta dependencia de España en este sentido. Por todo ello, propone acometer reformas legales para incorporar el nuevo concepto de seguridad integral a campos como la gestión de crisis, protección civil, *secretos oficiales*, *protección de documentos* y planeamiento de emergencias y catástrofes.

¹⁰³ La STS. de 10 de julio de 1993, en un contencioso relativo a un expediente disciplinario contra un militar en el que éste solicita como prueba el Libro Registro del Punto de Control OTAN, pone de manifiesto que “la seguridad del Estado ha sido parcialmente trasladada a estructuras supraestatales desprovistas de controles democráticos y constitucionales, y nos permite advertir que una construcción constitucional del secreto residenciada en el estricto nivel estatal resultará inútil sin el abordamiento de una teoría constitucional de los procesos supraestatales”.

En este escenario, que se ha venido en conocer como “sociedad del riesgo”, sería conveniente pues que la referencia a la seguridad del Estado como causa de justificación de exclusión del acceso a la información se redujese al máximo posible, se diera solo en casos excepcionales y que, en el supuesto de que existiera, fuese un peligro cierto, grave e inminente en donde no existiese margen razonable para la duda (tal y como la doctrina norteamericana ha definido como “*clear and present danger*”) y no un mero riesgo o un hipotético peligro que no responda a razones fundadas u objetivas. Asimismo, entendemos que las limitaciones al acceso deberán ser proporcionadas con el riesgo que se pretende evitar, suficientemente motivadas, razonables y en cualquier caso, excepcionales y extraordinarias. Dicha excepcionalidad servirá, de otra parte, para justificar más adelante lo que hemos considerado como un factor indispensable de relación entre el secreto y los estados excepcionales, así como la conveniencia de aplicar el régimen jurídico de éstos últimos al primero.

Haciendo de la limitación al acceso la norma general, se corre el riesgo de caer en lo que algunos autores¹⁰⁴ han percibido como un fenómeno de “securitismo” más que de seguridad en el que la finalidad buscada es la seguridad a cualquier precio y por encima de todo. Se maximiza así la preocupación por la seguridad y se habla muy poco de democracia y de Estado de derecho, “que son los pilares que hacen mejor a las sociedades”. La seguridad, por tanto, “no puede ser una carga para la ciudadanía, ni puede cercenar derechos en aras de una eficacia cuyo horizonte es una sociedad plana, sin matices y dirigida por quienes saben lo que nos conviene a todos”. La seguridad más que una carga u obligación es un derecho o un bien exigible por los ciudadanos al Estado cuya prestación no debe imponerse en cualquier caso a costa de los demás derechos, con el consiguiente peligro de convertir el normal desenvolvimiento de una vida en democracia en un permanente estado de sitio o excepción.

De otra parte, se impone desde los años cincuenta la redefinición de la soberanía, encontrando su legitimidad en otros valores diferentes al de seguridad como son el respeto a los derechos humanos y la democracia ampliamente reconocidos en el derecho internacional. Eso no supondrá en ningún caso la desaparición definitiva de los Estados soberanos que siguen siendo de la mayor importancia para la protección de la seguridad y el bienestar de los ciudadanos, pero sí supone el cambio en las pautas de sus comportamientos habituales. En cualquier caso, veremos en el capítulo siguiente cuáles de estos derechos humanos (reconocidos también a nivel constitucional) pueden verse directamente confrontados con el bien de la seguridad y cuáles puedan ser las posibles soluciones, dejando claro de antemano la imposibilidad de facilitar una

¹⁰⁴ QUERALT, J.: “Seguridad sin democracia”, Diario “El País”, 20 de agosto de 2012.

receta general para resolver este tipo de conflictos para los que, como no puede ser de otra manera y siguiendo la jurisprudencia tan reiterada del Tribunal Constitucional, será necesario ponderar los intereses en juego caso por caso.

CAPÍTULO IV

DISTINCIÓN CON LOS SECRETOS “PRIVADOS” O POR RAZONES DE INTERÉS PRIVADO. POSIBLES DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS POR LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA CAPTACIÓN DE INFORMACIÓN O POR EL MANTENIMIENTO DE ÉSTA EN SECRETO.

1.- El derecho a la intimidad: doble protección frente a las intromisiones de los poderes públicos y frente a la de otros particulares; “Sigilo” de los particulares o de la Administración por razones privadas y de la Administración por razones públicas o de interés general; 2.- La intimidad como derecho fundamental frente al bien jurídico de la seguridad del Estado. Ponderación caso por caso ante el posible conflicto. La posible limitación de derechos fundamentales en determinadas condiciones. Suspensión de derechos fundamentales y el art. 55 CE. Propuesta de la admisibilidad del secreto únicamente como una de las consecuencias o medidas de los estados excepcionales de sitio y excepción. Conveniencia de la aplicación de su régimen jurídico a la actividad clasificatoria del Estado; 3.- Intromisiones de los poderes públicos y la posible vulneración o suspensión de los derechos de los arts. 15, 16, 17, 18, 19 y 20.1 a) y d) CE; 4.- La actitud “defensiva” de los poderes públicos frente a intromisiones de terceros y la posible afectación de los derechos de los arts. 20.1.a) y d), 23, 24 y 105.b) CE.

1.- El derecho a la intimidad: doble protección frente a las intromisiones de los poderes públicos y frente a la de otros particulares; “Sigilo” de los particulares o de la Administración por razones privadas y de la Administración por razones públicas o de interés general.

Se hace preciso a efectos de delimitar lo mejor posible la figura objeto de estudio, y siguiendo los términos que configuran el concepto mencionado *ut supra*, la distinción del secreto de Estado, como un secreto de naturaleza pública o por interés público de aquellos que también reconoce nuestro ordenamiento jurídico y que se mueven estrictamente en la esfera privada, los cuales ya vimos, por otra parte, que eran mayoritariamente los que se contemplaban de manera expresa a lo largo de la Constitución. Ello quizás responda al hecho de que todo lo público, por su propia naturaleza, debe ser objeto de publicidad, salvo excepciones, pues existe una presunción de que todo lo público es de relevancia o interés público, configurándose tanto la publicidad como el secreto en este ámbito en deberes u obligaciones propias de un Estado democrático pleno. Sin embargo, todo aquello atinente a la esfera

privada debe ser susceptible de secreto salvo excepciones¹⁰⁵, presentándose este secreto como un derecho como no podía ser de otra forma, atendiendo a las exigencias del Estado de derecho. Es por ello también, que el secreto público solo sea exigible a las autoridades públicas que lo custodian y no a particulares (especialmente a periodistas), mientras que el secreto privado debe ser respetado por todos, salvo que se demuestre que su publicidad sea de relevancia o interés general o que ésta sea querida o permitida por el titular de tales secretos.

Así, como ya vimos, en nuestra Constitución, parece que, de un repaso a su articulado, solo se alude mayoritariamente a la publicidad en el ámbito público en artículos como el 9 (publicidad de las normas), 20 (libertad de información), 24 (derecho a un juicio público), 39 (investigación de la paternidad), 51 (información de los consumidores), 76 (Comisiones Parlamentarias de Investigación), 80 (sesiones plenarias del Congreso y del Senado), 91 (publicidad de las Leyes), 94 (información a las Cortes de los Tratados cuya conclusión no requiere autorización), 95 (publicidad de los Tratados), 105 (derecho de los ciudadanos al acceso a archivos y registros públicos), 109 a 111 (facultades parlamentarias de información), 120 (publicidad de las actuaciones Judiciales) y 164 (publicidad de las sentencias del Tribunal Constitucional). Sin embargo, en el ámbito privado son numerosos los ejemplos en sentido justamente contrario, en el que el secreto se muestra como la norma general. Ejemplos de ello se encuentran en los artículos 16.2 (secreto sobre ideologías, religión o creencias), 18.3 (secreto de las comunicaciones), 20.1.d) (secreto profesional de los informadores), 22

¹⁰⁵ DíEZ PICAZO, L.M.: "Publicidad y secreto en la Constitución" en Cuadernos de Derecho Judicial, nº 25, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997, postula que "no existe, con respecto a los particulares, un equivalente del principio general de publicidad de la actuación de los poderes públicos. Antes al contrario, cuando de los particulares se trata, la Constitución combina publicidad y secreto, sin que quepa excluir que en ciertas esferas no haya una opción constitucional", y cita a Norberto BOBBIO en su obra *"Il Futuro della democrazia"* para constatar que "público" se contraponen tanto a "secreto" como a "privado". Las excepciones al secreto de lo privado se manifiestan, según el autor, en las asociaciones (art. 22 CE), aquellas que se deriven del marco de la economía de mercado (art. 38 CE), la posibilidad de investigar la paternidad (art. 39 CE) y la promoción de la información de los consumidores (art. 51 CE), mientras que las excepciones a la publicidad en el ámbito público viene determinado por el art. 80 CE en cuanto a la posibilidad del secreto de las sesiones plenarias del Congreso y del Senado, el art. 120 CE respecto de las leyes de procedimiento que establezcan excepciones a la regla general de la publicidad en las actuaciones Judiciales y el art. 105 CE que impone los límites tendentes a salvaguardar "la seguridad del Estado y la defensa nacional, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas".

(respecto a las asociaciones) y 24.2 (secreto profesional, en referencia al ejercicio de otras profesiones particulares), además de los artículos 68, 69.2 y 140 (respecto al derecho de sufragio).

Todos ellos van indudablemente unidos, en mayor o menor medida, al derecho reconocido en el artículo 18 CE relativo a la protección de la intimidad de las personas. La intimidad, por tanto, se erige así como otro límite infranqueable en su versión “privada” dentro del acceso a la información, que junto al secreto de Estado, que sería si se quiere la versión “pública” de ese límite, se reconocen expresamente en el artículo 105.b) CE. Se puede decir de esta manera que el derecho de acceso a la información termina donde comienzan los derechos de privacidad de los particulares y los de seguridad pública (e incluso el “honor” o prestigio internacional¹⁰⁶) del propio Estado, si bien con excepciones, pues en el ámbito privado, el secreto no podrá invocarse en determinados ámbitos como son el de las asociaciones (art. 22 CE), la posibilidad de investigar la paternidad (art. 39 CE) y la promoción de la información de los consumidores (art. 51 CE), mientras que en el ámbito público no será de recibo cuando suponga la violación de otros derechos fundamentales, en cuyo caso, deberá ponderarse los derechos o bienes constitucionales en conflicto, caso por caso.

También en la propia Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común se pone de manifiesto su regulación por separado. Mientras que los secretos “públicos” se contemplan en los artículos 37.5.a) (actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a derecho administrativo), el 37.5.b) (los que contengan información sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado) o el 37.6.a) (el acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas), los secretos “privados” se mencionan en otros como el artículo 37.2 (el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad

¹⁰⁶ GARCÍA HERRERA, M.A.: *Op. cit.* En este sentido, y siguiendo a este autor, queremos poner de manifiesto la STC. 50/1983, de 14 de junio, en la que se hace referencia precisamente al derecho al honor como uno de los componentes del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 CE. En la misma se dice que “el daño que el honor de quien sigue tal conducta pueda sufrir no se originará en esos procedimientos, sino en la propia conducta, y ni la Constitución ni las propias Leyes pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos”. De esta forma, entendemos que este derecho, en coherencia con la teoría de los actos propios, no podría ser invocado por particulares (y por extensión el Estado) cuando de su propia conducta se deriven actos ilícitos o desmerecedores de cualquier prestigio. Se incidirá más adelante sobre esta idea al tratar de justificar el control de la presunta actuación delictiva del Gobierno por parte de los Tribunales de justicia a pesar de que exista una clasificación previa por razones de seguridad del Estado o defensa nacional.

de las personas), el artículo 37.3 (el acceso a documentos de carácter nominativo), el 37.5.d) (materias protegidas por el secreto comercial o industrial) o el 37.6.b) (el acceso a documentos o expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes). A estos últimos de carácter privado, habría que añadir además aquellos que se refieren al régimen electoral (art. 37.6.c), la función estadística pública (art. 37.6.d), o a los registros públicos y del Registro Civil y el Central de Penados y Rebeldes (art.37.6.e), pues consideramos que se deben encasillar también en el ámbito privado del secreto, ya que, si bien los datos proceden en su mayoría de instituciones y organismos públicos, su finalidad responde precisamente a la protección de la intimidad de las personas y no a la protección de la seguridad del Estado y la defensa nacional.

El derecho a la intimidad o privacidad tiene una doble manifestación: en primer lugar, protege a cada ciudadano de intromisiones indeseadas o ilegítimas de otros ciudadanos y de los poderes públicos a los que el propio titular del derecho no debe o no quiere suministrar información o permitir las citadas intromisiones, primando el interés particular sobre el general. En segundo lugar, la citada protección se proyecta también desde la Administración hacia los particulares, en cuanto a la limitación que sufra aquélla respecto al suministro a terceros de información privada que detenta sobre cada uno de los ciudadanos, ya que su uso está constreñido a los fines para los que fue obtenida¹⁰⁷.

Es en esta segunda manifestación donde coincide con la proyección de la protección dada al secreto de Estado, pues tal y como se ha dicho *ut supra*, éste protege la divulgación de información que detenta el Estado a los ciudadanos o particulares y a otros poderes o Estados, si bien por razones de interés público y no privado. Sin embargo, serán en esta ocasión los funcionarios (y no los particulares o ciudadanos), como titulares de los órganos que configuran la Administración, sobre los que recae un deber de sigilo y secreto, tanto

¹⁰⁷ SAINZ MORENO, F.: "Secreto e información en el derecho público", en "Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría", Ed. Cívitas, 1991, p. 2872-2873. Es lo que el citado profesor define como la "*manifestación inmediata* del secreto en el derecho de los ciudadanos a no informar a la Administración o a informar sólo dentro de ciertos límites" y su "*manifestación mediata* en el derecho a exigir a la Administración que guarde sigilo o secreto sobre aquello que conoce de los particulares". Asimismo, y dentro de la manifestación mediata, distingue una doble protección que otorga el secreto: la "*interna*", como aquella "que tiende a evitar que los datos obtenidos para un fin se utilicen para otro fin distinto" y la "*externa*", como aquella que protege la difusión de "datos privados cuya difusión o comunicación puede dañar a las personas o sus actividades profesionales o económicas".

por razones de índole privada como pública. En este caso, los funcionarios no podrán decidir libremente sobre la puesta a disposición de la información como los particulares, que como titulares de derechos, podrán transigir o disponer sobre los mismos según su libre criterio. Los funcionarios, en su condición de autoridad pública, tendrán por tanto el deber de guardar sigilo y secreto sobre aquellas materias en que así se exija legalmente.

Siguiendo a ZAGREBELSKY, en el primer bloque nos encontraríamos con “derechos de libertad negativa” o derechos a no ser compelido a una acción (en este caso a suministrar información al Estado u otros individuos por razones de interés particular) y en el segundo estaríamos ante lo que el autor ha llamado “derechos de libertad positiva” o derechos a ejercer libremente una determinada actividad (la de periodistas y particulares frente a la oposición del Estado a través de su Gobierno en la facilitación de dicha información por razones de interés general o público). Sin embargo, tanto en uno como otro bloque de derechos, la Seguridad del Estado y la defensa nacional servirá para justificar la limitación de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos. En el primero, a través de una actividad “intrusiva” en la esfera privada del individuo en momentos puntuales (intervención de comunicaciones, entradas en domicilio, etc.) y en el segundo mediante una acción “defensiva u omisiva” frente a los particulares (limitando por ejemplo la libertad de recibir y difundir información que obre en poder de los poderes públicos).

Iremos avanzando dos ideas que consideramos importantes al respecto. En primer lugar, la devaluación del derecho a la intimidad propiciada en nuestros días especialmente por el desarrollo de las tecnologías y la informática, así como por el “exhibicionismo” imperante de una sociedad abierta y plural. De esta manera, se facilita el acceso a asuntos que pueden formar parte de la intimidad de las personas tanto por parte de otros particulares como por parte del Estado, lo que supone, aunque sea de manera indirecta, una reducción progresiva del enfrentamiento entre los bienes protegidos por el Estado en pos de la seguridad y el derecho a la intimidad de las personas y una mayor facilidad en el acceso a la información personal por parte de las autoridades, auspiciado también por el intercambio de datos a nivel internacional especialmente en lo que respecta a bases de datos policiales. En segundo lugar, se pone de manifiesto el posible “enfrentamiento” entre bienes y derechos constitucionales, aunque sea de manera puntual, y al que se intentará ofrecer una solución siguiendo

la doctrina de la unidad interpretativa de la Constitución¹⁰⁸, en base a la cual, no existe ni una relación de jerarquía ni el citado enfrentamiento entre aquéllos, siendo necesaria una actividad de ponderación para decantarse en favor de unos u otros atendiendo a las distintas circunstancias en juego.

2.- La intimidad como derecho fundamental frente al bien jurídico de la seguridad del Estado. Ponderación caso por caso ante el posible conflicto. La posible limitación de derechos fundamentales en determinadas condiciones. Suspensión de derechos fundamentales y el art. 55 CE. Propuesta de la admisibilidad del secreto únicamente como una de las consecuencias o medidas de los estados excepcionales de sitio y excepción. Conveniencia de la aplicación de su régimen jurídico a la actividad clasificatoria del Estado.

Es en el ámbito privado, donde el bien jurídico protegido se manifiesta en forma de derecho fundamental. Principalmente, como ya hemos visto, en el derecho a la intimidad, al honor y la propia imagen, en el llamado derecho a la autodeterminación informativa, en la libertad de expresión (a través de las figuras del secreto de las comunicaciones y el secreto profesional respectivamente) y en la libertad personal y deambulatoria.

Sin embargo, en el ámbito que hemos querido definir como “público” o por interés público, el bien que se protege no se reconoce inicialmente como un derecho fundamental, pues se trata de un valor superior que se contempla en el artículo 105.b) CE al que sólo se le podría equiparar a la categoría de un derecho fundamental en el caso de una interpretación extensiva del citado artículo en unión al 20.1.d) CE. La seguridad del Estado y la defensa nacional, por tanto, aparecen en principio como valores de categoría inferior a los derechos fundamentales con los que puede entrar en conflicto y por ello la seguridad nacional nunca podría erigirse en causa de justificación que legitime conductas que vulneren los derechos fundamentales¹⁰⁹. A pesar

¹⁰⁸HESSE, K.: “Escritos de derecho constitucional”. Centro de Estudios Constitucionales., Madrid, 1983. Para el autor, uno de los principios que deben regir en la interpretación de la Constitución es el principio de concordancia práctica, en virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado.

¹⁰⁹ALONSO GARCÍA, E.: “La interpretación de la Constitución”, CEC, Madrid, 1984, p.222, postula que “el propio texto constitucional hace una jerarquización obvia toda

de ello, no faltan voces que llaman la atención sobre el hecho de que es precisamente la propia existencia del Estado (preservada mediante la seguridad y la defensa) la que se erige como un bien superior a cualquier derecho fundamental, pues de la existencia propia del Estado depende la correspondiente de los derechos fundamentales. Sin la existencia del Estado, no hay pues derechos fundamentales. Nosotros añadiríamos que este axioma es cierto pero en parte, pues la existencia y el respeto de los derechos fundamentales dependerá en gran medida de qué tipo de Estado estemos tratando de defender con el mantenimiento de la seguridad. Si la defensa y la seguridad se erigen en valores superiores para salvaguardar un Estado totalitario o autoritario o lo que se vino en llamar el “Estado-aparato”, no parece razonable que éste vaya a ser el paradigma de la defensa a ultranza de dichos derechos por lo que su protección a estos efectos resultará baladí. Por ello, solo con la defensa de un Estado democrático y de derecho se hará posible la existencia plena de los mismos.

Asimismo, no podemos olvidar que el propio art. 10 CE propugna que el “respeto a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social”, siendo innegable que estos bienes o valores contribuyen a su vez a la seguridad del Estado y la defensa nacional. Por tanto, defender y garantizar los derechos fundamentales es una forma no menos reseñable de defender los bienes y valores que se pretenden salvaguardar con el propio secreto. Además, la protección de los derechos fundamentales como el de la seguridad individual del art. 17 CE redundará en la del propio Estado en su totalidad aunque sea como sumatorio de todas las seguridades a nivel individual.

Pero es que además, la propia finalidad de la seguridad - en este caso la ciudadana- está dirigida a la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas, evitando que aquélla se convierta en un fin en sí misma que pase por encima de todo. Así se contempla en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, al prever que la tarea de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrá como finalidad,

*“proteger un ámbito de seguridad y convivencia en el que sea posible el ejercicio de derechos y libertades, mediante la eliminación de la violencia en las relaciones sociales y la **remoción de los obstáculos que se opongan a la plenitud de dichas libertades y derechos**”.*

Del espíritu de estas palabras se hace fácil colegir que si con la seguridad se pretende como fin primordial la protección de los derechos

vez que todos los artículos a que hace referencia el artículo 168 tienen más valor que los restantes”.

y libertades, no se pueden violar por tanto esos derechos al albur de una supuesta protección de la seguridad, pues iría contra su propio espíritu y del propio texto del Preámbulo del que parece desprenderse que, en cualquier caso, los derechos gozarán de prioridad en el hipotético caso de un enfrentamiento entre ambos, aunque ya se ha dicho que nuestro enfoque al respecto no se hace desde una perspectiva jerárquica sino de ponderación entre los bienes en liza.

Por otra parte, es cierto que la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, reconoce la posibilidad de la limitación de derechos fundamentales por parte de valores y bienes constitucionales. En cuanto a los primeros, “ha de tratarse de valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución” (STC. 22/1984). Respecto a los segundos, existen numerosas sentencias que también avalan el sacrificio de los derechos fundamentales frente a distintos bienes reconocidos constitucionalmente como la política de pleno empleo (STC.22/1981), la seguridad ciudadana (STC.36/1982), el principio de jerarquía (STC.81/1983) o la misión constitucional de las Fuerzas Armadas (ATC.375/1983). Nos movemos así en los límites de los derechos fundamentales y en el de la seguridad del Estado y la Defensa. Particularmente, consideramos que no se puede dar una solución única y universal al problema entre ambas categorías. Habrá que ponderar los intereses y las circunstancias de cada conflicto para hacer primar a unos u otros en caso de conflicto. La Seguridad del Estado y la defensa nacional serán valores que podrán provocar un conflicto con los derechos fundamentales (tanto los afectados por interés particular como aquellos afectados por intereses públicos o generales) y entre los que habrá que realizar una tarea de ponderación en función del principio de proporcionalidad tanto en los casos en que el Estado como los particulares hayan realizado la tarea “intromisiva” que suscitó el conflicto¹¹⁰. Así se ha manifestado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias en las que propone como criterios legitimadores de la limitación de cualquier derecho fundamental el de la justificación o necesidad y la proporcionalidad a la finalidad objetivamente perseguida por la limitación (SSTC.62/1982 y 90/1983)¹¹¹.

¹¹⁰ De OTTO, I.: “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades .La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTÍN RETORTILLO. L. y De OTTO Y PARDO, I.: “Derechos fundamentales y Constitución”, Madrid, Ed. Cívitas, 1988. De OTTO mantiene que “la limitación de las libertades a partir de los valores solo es posible mediante una ponderación de valores en la que cualquier postura puede mantenerse”.

¹¹¹ AGUIAR de LUQUE, L.: “Los límites de los derechos fundamentales”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm. 14 (enero – abril, 1993), pp. 29-30. El autor cita no obstante una serie de criterios interpretativos que pueden ayudar a dirimir el conflicto en cuestión. Entre ellos, el artículo 10. 1 CE, el artículo 29.2 de La Declaración Universal de Derechos y la noción jurisprudencial de las “*Preferred Freedoms*”, en

En cualquier caso, sí que es indudable las cautelas que el legislador ha querido establecer respecto a una posible vulneración de los derechos de los particulares y así, concretamente respecto de los derechos del artículo 18.2 y 3 CE, el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2002, reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia ha querido, mediante el establecimiento de una serie de límites, justificar en cualquier caso una posible intervención, disponiendo que,

*“Para las actividades que puedan afectar a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, la Constitución española exige en su artículo 18 autorización Judicial, y el artículo 8 del Convenio Europeo para Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales exige que esta injerencia esté prevista en la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea **necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás**”.*

En el ámbito privado de lo que se trata pues es de la defensa a ultranza de los derechos de los particulares frente a las intromisiones de otros particulares o del Estado. Es el particular el que se muestra en una postura defensiva o excluyente por mor de su intimidad, siendo el secreto particular o privado una consecuencia lógica de la intimidad, en tanto que en los secretos de Estado, es el propio Estado el que se muestra reacio a una actitud aperturista para proteger su propia seguridad frente a las posibles “ataques” procedentes de otros Estados o los particulares en su actividad como administrados.

De cualquier forma, de lo que también se quiere dejar constancia es de una circunstancia que consideramos de suma importancia y quizás clave para la tesis que se quiere defender con este trabajo. Se trata del hecho de que la actuación de los poderes públicos, justificada en la seguridad y la defensa del Estado, nunca debe amparar la comisión de una acción delictiva por aquéllos. Ya dijimos que el Estado que se quería salvaguardar con el secreto era el previsto en el artículo 1 CE, el cual se definía, entre otras características, como un Estado de derecho. Pues bien, es preciso constatar que en muchas ocasiones la vulneración de algunos derechos fundamentales puede dar lugar a la comisión de actividades delictivas. Y en esta materia, resultaría interesante analizar la motivación que se arguye por parte de los poderes públicos o su forma de actuación a la hora de limitar derechos fundamentales con el fin de

cuanto considerar que determinados derechos se hallan revestidos de una especial supremacía.

determinar si se ha cometido algún delito en los casos en que se trate de una intromisión en la vida de los particulares que desean mantenerla en secreto por interés particular o en aquellos en que se escuden en la seguridad y la defensa del Estado para evitar desvelar secretos por aparentes intereses generales que lo que verdaderamente tratan de ocultar son simple y llanamente actividades delictivas del Estado o abusos y arbitrariedades en el poder por parte del mismo.

Tanto en uno como en otro bloque se pueden dar delitos que se irán viendo a medida que se entre en el estudio de los distintos derechos fundamentales afectados. Así, entre los que pueden cometerse en relación con la acción de intromisión de los poderes públicos en la vida privada de las personas para obtener información o evitar daños a la seguridad o la defensa destacan algunos como, en casos extremos, puedan ser el homicidio y el asesinato o las lesiones, coacciones, amenazas, detenciones ilegales o secuestros, el descubrimiento y revelación de secretos (especialmente referidos a los profesionales que ejercen actividades privadas), injurias y calumnias, determinados delitos cometidos por funcionarios públicos contra algunas libertades como la inviolabilidad domiciliaria, del secreto de las comunicaciones o la intimidad, registros ilegales o vejaciones como consecuencia de los mismos, etc.

Respecto a los que se pueden cometer por el Ejecutivo respecto al acceso a la información frente a la actividad indagatoria o probatoria de los particulares u otros poderes públicos, destacar otros como la obstrucción a la justicia, desobediencia, denegación de auxilio o contra libertades como la de expresión, además de la infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos y uso indebido de información privilegiada (esta vez por parte de los funcionarios públicos).

De esta manera, y a pesar de que el artículo 2.a) LJCA contemple únicamente el control Judicial de los actos del Gobierno a la “protección jurisdiccional de los derechos fundamentales”, consideramos que también debería entenderse incluida en dicha categoría, aunque dentro de la jurisdicción penal correspondiente, la investigación de los delitos que pudieran cometerse por parte de los miembros del Gobierno como consecuencia de dicha violación, pues en muchas ocasiones van de la mano, existiendo entre ambas categorías una relación causal. Asimismo, y como se verá más adelante, el artículo 105.b) CE solo excluye del acceso a los archivos y registros a los ciudadanos considerados en su acepción genérica cuando afecte a la seguridad del Estado y la defensa nacional o a la investigación de los delitos, pero no hace dicha exclusión para los miembros del Poder Judicial, que estarán legitimados para dicho

acceso cuando de la investigación de los delitos¹¹² se trate, incluso estando en juego los otros dos elementos previstos en el citado artículo como son el derecho a la intimidad de las personas o la seguridad del Estado y la defensa nacional ya que, por otra parte, no se establece prioridad o jerarquía alguna entre las tres categorías aludidas en caso de conflicto. Quedarían por tanto expeditas tanto la vía judicial ordinaria contencioso-administrativa como, en su caso, la penal.

No obstante, los poderes públicos suelen invocar en su defensa no solamente el hecho de que su actuación viene justificada por su deber de defensa de la seguridad y defensa del Estado, sino por cuanto actuar de otra manera supondría la complicidad con delitos como la traición, aquellos que comprometen la paz o la independencia del Estado y los relativos a la defensa nacional u otros contra el orden público como el terrorismo. Incluso, se podría imputar, como ya dijimos, a los propios funcionarios la violación de secretos y el uso indebido de la información privilegiada. Ahora bien, la invocación de dichos bienes jurídicos deberá estar suficientemente justificada pues de lo contrario, los mismos

¹¹²En esta línea parecen manifestarse en el ámbito administrativo, y respecto a los datos personales, el art. 11.2.d) de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos en relación con la cesión de datos a los Tribunales de justicia cuando dispone que “el consentimiento exigido en el apartado anterior [del interesado para comunicar a terceros datos de carácter personal] no será preciso: d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas”. También, el art. 95.1.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria que establece el “carácter reservado de los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto: La colaboración con los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada”. Asimismo, y en relación con esta última, ya se manifestó la sentencia de 25 de junio de 1996 del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, consagrando el carácter reservado de toda la información en poder de la Administración Tributaria facilitada por los contribuyentes, salvo lo atinente a la investigación o persecución de los delitos públicos y los deberes de colaboración entre las Administraciones Públicas (FJ.1º). *Mutatis mutandi*, podríamos considerar que esta obligación de colaboración también existe para el Ejecutivo en aquellos casos en que la información solicitada no fuera ya la relativa a casos de datos personales, sino aquella relacionada con la seguridad del Estado y la defensa nacional.

funcionarios también podrían cometer otros delitos como la denegación del auxilio Judicial o desobediencia.

Vemos, por tanto, que nos movemos en un escenario muy complejo en donde la apreciación de las distintas circunstancias se hará decisiva por cuanto que una misma acción podrá o no vulnerar los derechos fundamentales e incluso ser delictiva en función de márgenes muy estrechos de apreciación y de conceptos o bienes jurídicos de muy amplia interpretación. Una interpretación extensiva del término “seguridad del Estado” podía dar lugar a una ampliación de la actividad delictiva relacionada con los delitos contra el Estado ya que se ampliaría la gama de acciones que afectarían a esa supuesta seguridad, constituyéndose automáticamente en delictivas.

Interesa aquí destacar aunque sea de forma breve, cuáles sean las actuaciones “públicas” que de manera más frecuente pueden poner en peligro el secreto “privado” o por interés privado cuando el fin sea el mantenimiento de la seguridad del Estado y la defensa nacional. Y es en este punto donde se hace inevitable la mención a los Servicios de Inteligencia y sus actuaciones respecto a los particulares. En España, su actuación aparece regulada en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia y, la que más interesa a los efectos, en la ya mencionada Ley Orgánica 2/2002, reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia que la complementa. Como establece el Preámbulo de la última Ley citada, ésta tiene como misión “establecer un control Judicial de las actividades del citado Centro que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución española”. No obstante, y a pesar de esta encomiable intención, estimamos que son otros muchos los derechos de la esfera privada de los ciudadanos que pueden resultar afectados por la actuación de los poderes públicos, y en el ámbito más concreto de este trabajo, por la actuación del CNI¹¹³, especialmente en lo que se refiere a las funciones desempeñadas al amparo del art. 4.a) LCNI en aras de “obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia necesaria para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, pudiendo actuar dentro o fuera del territorio nacional”.

Así, destacamos el derecho a la vida y la integridad física y moral del artículo 15 CE; el derecho a la libertad personal del artículo 17 CE; el derecho a la intimidad, el honor y la propia imagen particular y familiar del artículo 18.1 CE; la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE; el secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE; el derecho a la

¹¹³ Seguimos en este aspecto los derechos enunciados por PÉREZ VILLALOBOS, M^a. CONCEPCIÓN: “Derechos fundamentales y Servicios de Inteligencia”, Ed. Grupo Editorial Universitario, 2002. Pp. 83 a 115.

autodeterminación informativa con relación al uso de la informática del artículo 18.4 CE; el derecho a la libertad deambulatoria del artículo 19 CE; el secreto profesional del artículo 20.1.d) CE (referido a los periodistas) , así como el secreto en otras profesiones del artículo 24.2 CE. No pretendemos realizar aquí un análisis pormenorizado de estos derechos fundamentales. Simplemente queremos ahora ponerlos de manifiesto para distinguirlos de aquellos otros que pueden resultar afectados cuando es el propio Estado, a través de su Gobierno, el que, no ya por acción sino por omisión, se muestra reacio a suministrar información. Entre ellos hemos considerado a su vez el derecho a informar y recibir información del artículo 20.1.a) y d) CE; el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos del art. 23.1 CE; el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del art. 23.2 CE; el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE y el derecho de acceso a los archivos y registros del artículo 105.b) CE, si bien éste último no podría ser considerado en puridad como un derecho fundamental sino es, como ya se ha dicho, en una interpretación extensiva, instrumental o por “conexión” del mismo en relación con otros ubicados en el Título I CE como el derecho del artículo 20.1.d) CE.

Los derechos afectados en la esfera privada serán pues susceptibles de limitación, atemperación o adecuación por intervenciones de las autoridades públicas en mayor o menor medida, pues es el propio Tribunal Constitucional el que establece que “no existen derechos ilimitados” (STC. 2/1982, de 29 de enero). ¿Cuáles son esos límites? Habrá que analizar uno a uno atendiendo a los establecidos explícitamente en la propia Constitución (límites explícitos o inmanentes), los establecidos por Ley o los “intrínsecos” (implícitos en la noción misma del derecho y que derivan de la incorporación de éste al ordenamiento) y siempre que respeten el contenido esencial de los derechos afectados y sean proporcionados al fin perseguido.

Y ello, sin olvidar las posibles suspensiones puntuales de algunos de los derechos fundamentales como ocurre con la previsión del artículo 55 CE que se establece precisamente para situaciones (que como el secreto) son excepcionales y, en lo que más nos interesa, en relación con el objeto de este trabajo, para “personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de las bandas armadas o elementos terroristas”. Estas últimas se van a producir lógicamente por razones de interés general, básicamente residenciadas en la seguridad del Estado. Y es en base a este bien o valor constitucional en el que el artículo 55.1 y 2 CE (estados de excepción y sitio) va a limitar derechos fundamentales como los previstos respectivamente en los artículos 17; 18, apartados 2 y 3; 19; 20, apartados 1.a) y d) y 5; 21; 28, apartado 2 y artículo 37, apartado 2, así como el artículo 17, apartado 2 y 18, apartados 2 y 3 para personas

determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas como factores de riesgo o amenaza de la seguridad del Estado.

De una parte, consideramos este artículo esencial para adelantar una reflexión que nos ayudará a sustentar la tesis en torno al posible control judicial de determinados actos gubernamentales sometidos a clasificación y en cuanto a la conveniencia de aplicar a la actividad clasificatoria del Estado el régimen jurídico previsto para los estados excepcionales de sitio y excepción por lo que supone de mayor participación del Congreso en la adopción de decisiones por el Ejecutivo. La conclusión que se puede inicialmente sacar parece en principio lógica: si para la investigación de determinados delitos (vinculados fundamentalmente con el terrorismo¹¹⁴) se permite la

114 También otros como los de carácter tributario, tal y como ocurre con la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, en la que no se prevé la infracción del secreto profesional (lo que es lo mismo que decir que se suspende tal derecho) por parte de una serie de sujetos obligados en su art.2, cuando éstos pongan en conocimiento del “Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias cualquier hecho u operación, incluso la mera tentativa, respecto al que.....exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo”. Así, en su art. 23 se dispone que “la comunicación de buena fe de información a las autoridades competentes con arreglo a la presente Ley por los sujetos obligados o, excepcionalmente, por sus directivos o empleados, no constituirá violación de las restricciones sobre divulgación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa, y no implicará para los sujetos obligados, sus directivos o empleados ningún tipo de responsabilidad”, salvo lo dispuesto respecto a los abogados en el art. 22, al establecer que “los abogados no estarán sometidos a las obligaciones establecidas en los artículos 7.3, 18 y 21 con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos. Sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, los abogados guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente”. No menos paradigmática resulta en este sentido el Auto de la Audiencia Nacional 19/2003, de 8 de mayo respecto a la solicitud de extradición por Suiza del antiguo empleado de banca Hervé Falciani, debido a la filtración por parte de éste último de una ingente información sobre datos de cuentas bancarias privadas de clientes en las que se pone de manifiesto la posible comisión de delitos contra la Hacienda Pública. En ella se pone de manifiesto que “debemos indicar, que en nuestro derecho, el secreto no es un valor o un bien en sí mismo que merezca en sí y por sí mismo ser protegido, sino como elemento puramente instrumental para proteger lo que son auténticos bienes jurídicos merecedores de protección, tales como son la intimidad, la libre competencia, el secreto de empresa, la seguridad del Estado, etc. , por ello resulta un elemento imprescindible la licitud de aquella información que se encuentra amparada bajo el secreto, bien sea bajo la protección de la intimidad o bajo la protección del secreto de empresa y, en todo caso, existen intereses superiores que relevan de este secreto y justifican la cesión de la información en favor de

suspensión de ciertos derechos fundamentales de los particulares ¿por qué no se puede hacer lo mismo cuando es el propio Estado el que está siendo objeto de una investigación por la presunta comisión de un delito (véase tráfico de armas ilegales, contrterrorismo, etc.)? Cuando además, en este caso, no se trata de la suspensión de un derecho fundamental, sino de un bien o valor constitucional como es la seguridad del Estado que es el que se vería involucrado. Es obvio que los peligros potenciales para la existencia de un Estado (terroristas, otros Estados, etc.) no juegan “limpio” y recurren a medios muchas veces delictivos o que rozan la ilegalidad. De esta manera el Estado “agredido” debe reaccionar para mantener su seguridad y consecuentemente la de sus ciudadanos, pero siempre dentro de los instrumentos que permite un Estado de derecho, aunque éstos comporten en muchas ocasiones una situación de desventaja¹¹⁵.

Por tanto, es lógico que el Estado decida en muchas ocasiones jugar con las mismas armas en detrimento del Estado de derecho, lo cual sería equiparable a afirmar que el fin justifica los medios. No consideramos que ello sea aceptable en un Estado de derecho y todas estas circunstancias nos llevan a establecer, más que una presunción *iuris et de iure* de la legalidad de la actuación gubernamental, esa sospecha indiciaria sobre dichas actuaciones gubernamentales y la inversión de la carga de la prueba de la necesidad del secreto, lo que, en cualquier caso, justificará en determinadas circunstancias el control judicial mediante la correspondiente investigación y sobre el que se realizará un estudio más adelante.

Por otra parte, y siguiendo las reflexiones que nos suscita el art. 55 CE, podemos también sostener, no sin cierto riesgo, que las causas que provocan un daño a la defensa nacional (arts. 2 y 23 LODNOM¹¹⁶) –

determinados sujetos públicos, además de interesados, legitimados para conocer la información, tales como son las autoridades administrativas competentes en materia de defraudación tributaria, y específicamente el Ministerio Fiscal y los Tribunales, en la investigación y persecución de ilícitos penales”.

¹¹⁵ En este sentido, RUIZ MIGUEL, C.: *Op. cit.*, p. 26, afirma para justificar los secretos de Estado que “el hecho de que existieran en el Estado individuos o grupos que conspiraran para destruir ese espacio público en el que la comunidad política articula su convivencia en paz, situaría a los mismos en posición de ventaja pues mientras ellos pueden conocer cuáles son los instrumentos y objetivos del Estado, el Estado desconocería los instrumentos y objetivos de sus adversarios. En una situación así, el Estado, que nace para proporcionar seguridad a sus miembros frente a amenazas interiores, solo podrían proporcionar esa seguridad si a su vez guarda secretos frente al enemigo interior que conspira en secreto.”

¹¹⁶ “La defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de

como detonante del secreto como excepción a la regla general de la publicidad dentro de un Estado democrático-, coinciden con aquellas que determinan la declaración del estado de sitio. El art. 32 de la L.O. 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio así lo dispone al declarar que,

“Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el Ordenamiento Constitucional¹¹⁷, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 116 de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de Estado de Sitio”.

Se exige de esta manera un acto de fuerza por un lado y que sea contra el Estado por otro, que es a la postre lo que motiva la intervención de las Fuerzas Armadas. La crisis de Estado es, por tanto, la generadora del estado de sitio y la que se produce por factores como la inseguridad del Estado o la afectación de la defensa nacional. No se nos resiste hacer esta relación porque además, es precisamente con este estado excepcional con el que se pueden producir la suspensión de determinados derechos entre los que se menciona curiosamente el previsto en el art. 20.1.d) CE (derecho a recibir información). Esta relación también consideramos que se hace patente con el estado de excepción, pero este último viene determinado por alteraciones o crisis de orden público, concepto que ya hemos diferenciado de la seguridad

agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución”.

¹¹⁷ No podemos evitar hacer un paralelismo con lo que se mencionó *ut supra* en el ATS. de 9 de marzo de 1998 al interpretar la expresión “delito contra la seguridad del Estado” como un término que hacía referencia “a aquellos hechos que, aún sin contenido bélico y sin la cualificación extrema de los calificables como delitos de traición, supongan un peligro grave contra el Estado por medio de un delito grave de contenido político, que son los únicos que pueden justificar la intervención del Congreso de los Diputados como requisito de procedibilidad, como son aquellos que atentan contra las altas instituciones u órganos del sistema político español o contra las personas que lo encarnan, entre otros, los que comprometen la paz o la independencia del Estado, algunos de los relativos a la defensa nacional o de los que atentan contra la comunidad internacional, los de rebelión o sedición o contra la Corona u otras instituciones del Estado, incluso los de pertenencia o dirección de banda armada como el que nos ocupa, pero siempre teniendo en cuenta la gravedad y el carácter político del hecho por sus circunstancias específicas”.

del Estado y la defensa nacional y que se encuentra más bien vinculada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, aunque también vimos que el mantenimiento de ese orden público redundaba en la propia seguridad del Estado. Es en este último sentido en el que también se podría confirmar la hipótesis de vincular las causas que determinan el estado de excepción (Art.13 LOAES¹¹⁸) con aquellas que ponen en peligro la seguridad del Estado (arts. 1 LOSC¹¹⁹). De esta manera, podría argumentarse la aplicación de los mecanismos del estado de excepción para la clasificación de información aunque, en este caso, en un escalafón inferior al del “secreto” representado por la clasificación como “reservada”, siendo en cualquier caso el paralelismo justificado por la excepcionalidad que debe condicionar tanto al secreto como a los estados excepcionales.

Llegados a este punto, ¿no se podría concebir el secreto y/o la reserva como otra medida excepcional más en los estados de sitio o excepción limitadora del derecho del art. 20.1.d) CE y que sólo una vez declarados los mismo fuera admisible? Quizá esta interpretación sea excesiva¹²⁰ pero clarificadora al menos en cuanto a que ya no puede

¹¹⁸ “Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los Servicios Públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto de orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuese insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 116 de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción”

¹¹⁹ Art.1.1: “De conformidad con lo dispuesto en los artículos 149.1.29ª y 104 de la Constitución corresponde al Gobierno, a través de las autoridades y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a sus órdenes, proteger el *libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana*, crear y mantener las condiciones adecuadas a tal efecto, y remover los obstáculos que lo impidan, sin perjuicio de las facultades y deberes de otros poderes públicos”.

Art.1.2: “Esta competencia comprende el ejercicio de las potestades administrativas previstas en esta Ley, con la finalidad de asegurar la *convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de la vías y espacios públicos, así como la de prevenir la comisión de delitos y faltas*”.

¹²⁰ Tanto como la que se intentará mantener en páginas más adelante al tratar de justificar la posibilidad de que la clasificación y la desclasificación fuesen actos que deberían hacerse a través de una Ley por un acto del Parlamento, o al menos los que implican la clasificación en su mayor nivel como “secreto”, pues pueden afectar, en mayor o menor medida, al contenido esencial del derecho del art. 20.1.d) CE o 24 CE. Si estas ideas resultan formalmente admisibles, también entendemos que, en la práctica, pueden convertir el secreto en una técnica estéril dada la urgencia y el sigilo con que en muchas ocasiones estas decisiones deben adoptarse y que se contraponen

existir duda acerca de la existencia de causas que afecten a la seguridad del Estado y la defensa nacional, que además, y en la hipótesis mantenida, han debido ser ratificadas y apreciadas nada menos que por la mayoría absoluta del Congreso o, al menos, con autorización del mismo y no por el Gobierno unilateralmente que en este caso reduciría su papel al de mero solicitante del estado excepcional en cuestión. De esta forma, también se reconocería además su control judicial, pues la propia Constitución y la Ley Orgánica mencionada prevén la no modificación del principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes por los posibles perjuicios en su actuación así como la intervención y el control judicial en caso de que sea necesario por la extralimitación o el abuso en la adopción de medidas dentro del estado excepcional declarado. Parece lógico pensar en cualquier caso que, si para los estados de sitio y excepción se sigue manteniendo el control judicial sobre las actuaciones de los poderes públicos¹²¹, mucho más

con la complejidad procedimental y la publicidad de actos de la envergadura constitucional de la declaración de un estado de sitio o la aprobación de una Ley, aunque bien es cierto que en los Reglamentos de las Cámaras respectivas existen mecanismos para acelerar dicha tramitación en casos de urgencia o su tramitación en secreto.

¹²¹Son significativos al respecto los artículos siguientes: art. 1.4: “La declaración de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio *no interrumpe el normal funcionamiento* de los Poderes Constitucionales del Estado”; art. 3: “1. Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio *serán impugnables* en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las Leyes. 2. Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes”; art. 16.2: “La detención habrá de ser comunicada al juez competente en el plazo de veinticuatro horas. Durante la detención, el juez podrá, en todo momento, requerir información y conocer personalmente, o mediante delegación en el juez de instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de este”; art. 17.7: “La Autoridad Gubernativa comunicará inmediatamente al juez competente las inspecciones y registros efectuados, las causas que los motivaron y los resultados de los mismos, remitiéndole copia del acta levantada”; art. 18.2: “La intervención decretada [de toda clase de comunicaciones] será comunicada inmediatamente por escrito motivado al juez competente”; art. 30: “Si durante el Estado de Excepción el juez estimase la existencia de hechos contrarios al orden público o a la seguridad ciudadana que puedan ser constitutivos de delito, oído el Ministerio Fiscal, decretará la prisión provisional del presunto responsable, la cual mantendrá, según su arbitrio, durante dicho estado” y art. 35: “En la declaración del Estado de Sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción militar”.

justificable será ese control para los actos clasificatorios y desclasificatorios del Consejo de Ministros o de la JUJEM cuando se dicten en el desarrollo de la vida normal del Estado y sin que aun siquiera se hayan decretado unos estados mucho más graves en la misma como son el de excepción y el de sitio, pero suponiendo sin embargo unos efectos tan perniciosos como la supresión de derechos fundamentales.

Por tanto, si bien no resultaría funcional un régimen jurídico en el que el secreto se decretase una vez declarados los estados de sitio o excepción, sí que sería posible y deseable, dadas las similitudes de causas y consecuencias entre ambos, aplicar el régimen jurídico de estos últimos a la actividad clasificatoria del Estado en lo que supondría un mayor intervencionismo del Congreso en la adopción de decisiones del Ejecutivo¹²² y en cuanto a la confirmación definitiva de la posibilidad del control judicial.

Como ya se dijo, es cierto que el artículo 105.b) CE establece como límite al acceso a los archivos y registros administrativos aquellos casos en que la información afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. Pero también es cierto que estos límites se imponen a los ciudadanos y no a los Jueces o a los miembros del Poder Legislativo. Evidentemente, tanto Jueces como legisladores son ciudadanos, pero dada su condición de sujeción especial, hace que su actuación se vea sometida a normas especiales que los sustraen de la aplicación del régimen general, obligándoles incluso, por su propia condición, a realizar tales investigaciones como parte de los deberes impuestos por la propia Constitución y las Leyes, so pena de incurrir ellos mismos en la comisión de faltas e incluso delitos. Así lo han manifestado autores como GARCÍA DE ENTERRÍA, TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ O DíEZ SÁNCHEZ al afirmar que el art. 105.b) CE reconoce a todos los ciudadanos en general el derecho de acceder a los archivos y registros administrativos junto a una “simple excepción a ese derecho”, excepción que se formula frente a los ciudadanos exclusivamente y *en absoluto* frente a Jueces y Tribunales¹²³.

122 El artículo 116.3 CE dispone que “el estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados...”, mientras que en su epígrafe 4 se establece que “el estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones”.

123 DíEZ SÁNCHEZ, J.J.: “Razones de Estado y derecho”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.197 y 198.

De hecho, parece razonable que la exclusión no alcance a Jueces y Tribunales pues éstos no dejan de configurar uno de los poderes del Estado, junto a las Cortes Generales y el Gobierno, cuya actuación se debe fundamentar en el principio de colaboración de poderes y en el de garantías del secreto por su propia condición pública, por lo que el límite, al menos en estos ámbitos, se debe establecer en la divulgación de la información y no en su acceso. Es por ello, que el límite en el acceso carece de sentido frente a los mismos, siendo lógica frente a los particulares a los que, sin embargo, no es exigible los deberes de sigilo y no divulgación de los secretos.

De otra parte, entendemos que el citado artículo 55 CE es trascendental para las argumentaciones que se harán a continuación en la medida en que: 1º. Se admite la limitación de los derechos fundamentales (en este caso los comprendidos en los artículos citados) por bienes y valores constitucionales (sobre los que se podía pensar que gozan de una categoría inferior a aquéllos); 2º. Que las formas y casos de limitación se deberán realizar mediante Ley Orgánica, con la *necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario*; 3º. Que debe estar prevista para personas determinadas; 4º. “En relación con las *investigaciones correspondientes...*” y 5º. Que la limitación no podrá ser nunca *injustificada o abusiva* so pena de responsabilidad penal.

No se llega a comprender, sin embargo, cómo la citada Ley Orgánica 2/2002, reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia se haya limitado solo a contemplar la protección judicial de los derechos previstos en el artículo 18.2 y 3 CE cuando bien es cierto que podría haberse extendido a otros muchos que, en mayor o menor medida, pueden ser vulnerados como consecuencia de la actuación del CNI. El legislador ha perdido así una magnífica oportunidad para extender la garantías de la Ley a un espectro mucho mayor de derechos que suponemos no quedan por ello desprovistos de otros mecanismos de protección aunque, a diferencia de los previstos por la Ley Orgánica 2/2002, se tratarán de mecanismos diferentes sin las especialidades representadas por el hecho de que aquél consista en un control previo realizado por el Magistrado del Tribunal Supremo designado *ex profeso* con un plazo corto de resolución de 72 y 24 horas. Sirva como ejemplo la paradoja de que el art. 4.b) LCNI determina como una de sus funciones “prevenir, detectar y posibilitar la neutralización de aquellas actividades de servicios extranjeros, grupos o personas que pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento constitucional, *los derechos y libertades de los ciudadanos españoles*, la soberanía, integridad y seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población”. Se hace por tanto mención al control sobre una posible violación de “los derechos y libertades” de manera genérica cuando las

amenazas procedan del exterior, a diferencia del control establecido respecto al propio CNI cuando pueda ser él mismo el factor de riesgo, pues la Ley Orgánica de Control Judicial Previo de dicho Centro constriñe el mismo solamente a la posible violación de los derechos de los artículos 18.2 y 3 CE.

Con independencia de todo ello, sí queremos dejar claro que el análisis de estos derechos fundamentales que pueden resultar violados responde a una interpretación particular del conflicto entre bienes y valores constitucionales que el secreto de Estado puede acarrear, pues algunos autores mantienen que el único conflicto que se suscita, en puridad y de manera directa con el secreto, es entre la seguridad del Estado y el derecho a la información, siendo el resto de derechos afectados con carácter indirecto o residual, pues éstos vendrían vulnerados por la acción objeto del secreto y no por el secreto mismo.

No podemos mostrarnos de acuerdo del todo con esta postura pues si bien y en puridad ésta resulta impecable, sin embargo consideramos que es cuanto menos matizable. Y ello porque a pesar de que lo que obviamente se sustrae con el secreto es el conocimiento de un hecho o una acción, vulnerando el derecho de acceso a la información o el de recibir la misma, ello provoca también, aunque de forma mediata, la imposibilidad de conocer y consecuentemente denunciar y perseguir la violación de otros derechos que de suyo conlleva la comisión de la infracción o el ilícito penal. Es decir, que no se puede denunciar o perseguir lo que no se conoce y si no se suministra la información clasificada, se podrá vulnerar el derecho a recibir información pero también todas aquellas violaciones de cualquier otro derecho contenido en la misma. Es por ello, por lo que nos mostramos más favorables con esta interpretación, y por lo que estimamos necesario entrar a diseccionar otros derechos fundamentales contemplados en la Constitución que pueden resultar afectados aunque de manera remota además del derecho a la información.

En cualquier caso, iremos desgranando los derechos fundamentales enunciados, haciendo especial hincapié en aquellos supuestos que legitiman a los poderes públicos a limitar estos derechos para evidenciar que, fuera de esos supuestos excepcionales, aquéllos se estarían extralimitando en el ejercicio de su poder de manera injustificada y su actuación arbitraria o abusiva podría ser, por tanto, sometida tanto al control de la jurisdicción contenciosa como, en su caso, a la de orden penal.

3.- Intromisiones de los poderes públicos y la posible vulneración o suspensión de los derechos de los arts. 15, 16, 17, 18.1,2,3 y 4, 19 y 20.1 a) y d).

En este epígrafe trataremos de analizar aquellos derechos de los particulares que pueden resultar vulnerados por la actuación de los poderes públicos en pos de la seguridad del Estado y la defensa, mediante diferentes iniciativas dirigidas por ejemplo a la detención y persecución de delincuentes y terroristas, la captación y almacenamiento de información trascendente, la limitación del tránsito por determinados lugares, etc., de forma que traspasados determinados límites, estas acciones devienen en inadmisibles dentro de un Estado de derecho, convirtiendo al Estado de una institución legítima perseguidora de delitos y delincuentes en otra de perfil ilegítimo o clandestino e incluso delictiva, como consecuencia de políticas donde el fin justifica los medios, traspasando una fina línea divisoria tan imperceptible como fácil de cruzar dado el permanente contacto en determinados ámbitos con actores que se desenvuelven en la ilegalidad pero que no por ello resulta en modo alguno admisible considerando el tipo de Estado definido en el art. 1.1 de nuestra Constitución.

a) El derecho a la vida y la integridad física y moral (art.15 CE):

No consideramos que este derecho fundamental aparezca limitado en forma alguna por el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2002, por la sencilla razón de que si la pena de muerte se encuentra actualmente prohibida en nuestro país incluso en tiempos de guerra, como el supuesto más grave que puede determinar las relaciones entre Estados, mucho menos justificable será la privación de vidas, las torturas y los tratos inhumanos y degradantes con el fin de obtener informaciones o evitar actuaciones que potencial o hipotéticamente pongan en peligro la seguridad del Estado. De esta manera, no consideramos que se pueda prescindir de la vida o infligir torturas o tratos vejatorios por el hecho de que se encuentre en juego la propia existencia del Estado, pues si antes se decía que sin Estado no hay derechos, en este caso, pensamos que la vida y la integridad física, como corolario de la dignidad humana, son prioritarios pues, a la postre, son el origen de los demás derechos y del propio Estado o al menos del Estado que se plasma en la Constitución. De lo contrario, se corre el peligro de poner en práctica determinadas iniciativas que, al amparo de una hipotética y socorrida “seguridad del Estado”, no dejan de ser auténticos atentados contra el derecho a la vida, la dignidad de las personas y su integridad física y moral.

Así parece haberse reconocido en la propia STS. de 4 de abril de 1997 en el caso de los *papeles del CESID* en el que se reconoce precisamente la preponderancia del derecho a la vida sobre la seguridad del Estado, permitiéndose a los Jueces acceder a material clasificado por estar en juego el citado derecho. Así, la sentencia puso de manifiesto que el juicio de ponderación realizado por el Consejo de Ministros a la hora de facilitar la información al Tribunal solicitante no fue adecuado,

“pues debió dar prevalencia al derecho fundamental a la tutela Judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución y con mayor razón cuando la causa penal de la que

deriva el Acuerdo, trata de proteger bienes jurídicos tan relevantes en un Estado de derecho como el **derecho a la vida**.....”.

De otra parte, la STC. 53/1985 ha reconocido este derecho como un “derecho esencial o troncal” sin el cual “los restantes derechos no tendrían existencia posible”. Por tanto, su posible limitación tampoco se podría justificar en la protección de otros derechos, salvo que se tratase del derecho a la vida de otras personas el que estuviese en juego, en cuyo caso habría que realizar una valoración o ponderación, lo cual tampoco resultaría del todo fácil, pues en este caso la vida, en principio, goza del mismo valor y no se puede priorizar la de unas personas sobre la de otras.

¿Cabría pues sacrificar la vida de unas personas en favor de la vida de otras? Este planteamiento no resulta extraño en nuestros días si pensamos en actos terroristas o delictivos en los que las fuerzas del orden, en último extremo y en situaciones límite, deben sacrificar la vida de los delincuentes en favor de aquellos ciudadanos pacíficos o de buen comportamiento que se convierten en víctimas de atentados y hechos delictivos o bélicos sino fuese precisamente por la intervención estatal a través de sus Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y Fuerzas Armadas. Parece en este caso, que materialmente está justificado el uso de la fuerza y las armas para priorizar o favorecer la vida de la ciudadanía pacífica en detrimento de la vida de los delincuentes o del enemigo en combate¹²⁴, la cual gozará por tanto de un menor valor cuando no quede más remedio que adoptar las medidas tendentes a evitar acciones delictivas que pongan en juego la vida e integridad física de los ciudadanos víctimas de las actividades delictivas o bélicas de semejante cariz.

En este sentido parece manifestarse el art. 6.1. Sexta de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas cuando dispone que “en el empleo legítimo de la fuerza, hará un *uso gradual y proporcionado* de la misma, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe”. Igualmente, para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se exige en el art. 5.2.c) y d) de su Ley Orgánica que “en el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, sin demora cuando de ello dependa evitar un *daño grave*,

¹²⁴ E incluso la de los propios miembros de las Fuerzas Armadas, tal y como se dispone en el art. 6.1.Primera de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas cuando afirma que “la disposición permanente para defender a España, incluso con la *entrega de la vida* cuando fuera necesario, constituye su primer y más fundamental deber, que ha de tener su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución, en la Ley Orgánica de la Defensa nacional y en esta Ley”.

inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de *congruencia, oportunidad y proporcionalidad* en la utilización de los medios a su alcance. Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un *riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas*, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un *grave riesgo para la seguridad ciudadana* y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior”. Incluso el art. 5.3 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia prevé para sus miembros que “también dispondrán de licencia de armas, *en función de las necesidades del servicio*, de acuerdo con la normativa vigente”.

Todas estas previsiones legales sin embargo parecen casar mal con las que se contemplan en la mismas Leyes aludidas cuando se exige a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que deben ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, así como velar por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas. Asimismo, en los casos en los que se exige a las Fuerzas Armadas que ajustarán su conducta al respeto de las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable en conflictos armados, siendo la dignidad y los derechos inviolables de la persona valores que tienen obligación de respetar y el derecho a exigir, de manera que en ningún caso los militares estarán sometidos, ni someterán a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal o limitación indebida de sus derechos.

Parece que el aparente conflicto suscitado entre seguridad o defensa y el derecho a la vida se resolverá, como no podía ser de otra manera, en función de principios como el de ponderación, congruencia, oportunidad, etc. tan difíciles de apreciar en determinadas circunstancias y dejando por supuesto de lado aquellas otras acciones que, suponiendo también el sacrificio de vidas humanas, sean de manera clara y evidente ilegales o contrarias a la Constitución, los Tratados Internacionales o las Leyes, como los asesinatos indiscriminados cuando no se den las circunstancias de riesgo o gravedad inmediata, los agresiones físicas o psíquicas, torturas, genocidios, magnicidios, “purgas”, etc..

No debemos olvidar que el hecho de terminar con una vida humana es difícilmente justificable, no ya solo desde un punto de vista ético o moral, que puede ser evidente, sino también desde un enfoque eminentemente jurídico, por lo que en cualquier caso, el recurso a la fuerza, las armas y la terminación de una vida humana deben ser excepcionales, para situaciones extremas en las que exista un riesgo grave, inminente e irreparable para la seguridad y la vida de otras personas.

b) El derecho a la libertad ideológica, religiosa o de culto (art.16 CE): Traer a colación la posible vulneración de este derecho por la actuación de los Gobiernos fundamentalmente en la consecución de información puede resultar cuanto menos polémico, pues en principio nada parece relacionar el derecho a las ideas, especialmente religiosas con la obtención de información u otras acciones encaminadas a la protección de la seguridad del Estado y la defensa nacional. Sin embargo, y dadas las circunstancias que se dan hoy en día en la comunidad internacional, a nadie escapa que un factor de riesgo importante para la seguridad viene originado por la religión y sus manifestaciones fanáticas, lo cual no significa ni mucho menos, que con carácter general, eso sea siempre así. No podemos evitar establecer vínculos puntuales entre determinadas manifestaciones religiosas y el terrorismo con lo que la actuación de los Gobiernos en este ámbito en la evitación de atentados está servida.

Y es en esa actuación donde precisamente se puede vulnerar este derecho. ¿De qué manera o cuáles serían sus manifestaciones? Sin ánimo de ser exhaustivos, hemos encontrado diversas formas en que esa infracción se podría cometer y que prácticamente se identifican con la violación de las manifestaciones del derecho previstas en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

En primer lugar, a través de discriminación ante la Ley en cualquier ámbito (laboral, penitenciario, etc.) por razones o motivos religiosos. Asimismo, y en relación con el art. 2¹²⁵ de la citada Ley, a

¹²⁵ “1. La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a: a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía, manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas. b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales. c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica. 2. Asimismo comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero.

realizar cualquier limitación o coacción que impida profesar las ideas religiosas; practicar actos de culto; recibir la asistencia religiosa en centros hospitalarios, penitenciarios, militares, asistenciales, etc.; manifestarse, reunirse o asociarse con fines religiosos; propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, etc.

También se producirá la vulneración cuando la acción gubernamental no vaya dirigida a impedir las manifestaciones en positivo de la libertad, sino que precisamente vaya más bien a limitar sus formas de manifestación negativa como no declarar las ideas religiosas, no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales, etc.

Y todo ello respetando, por su puesto los límites establecidos en el art. 3¹²⁶ de la citada Ley, como son los ya tradicionales derechos de los demás, la seguridad, la salud, la moralidad pública, el orden público, etc.) que son, en hipótesis, los que podrían legitimar al Gobierno y sus Servicios de Inteligencia para atemperar el despliegue de la mencionada libertad, planteándose de nuevo un difícil equilibrio entre bienes y derechos constitucionales, considerando como decíamos las circunstancias que rodean las relaciones internacionales actuales.

c) El derecho a la libertad personal (artículo 17 CE) y deambulatoria (artículo 19 CE): Son derechos fundamentales que por su estrecha vinculación analizaremos conjuntamente y que vamos a destacar como posible o potencialmente afectados por una intromisión de los poderes públicos por causas relativas a la seguridad del Estado o la defensa nacional. En este sentido, se hace obligatorio, dirigarnos a tres Leyes: La propia Ley 9/1968, sobre Secretos Oficiales, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, y por relación, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la Ley Orgánica 4/1981 de Estados de Alarma, Excepción y Sitio.

3. Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos”.

¹²⁶” 1. El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”.

En la primera Ley, la limitación del derecho puede venir por lo dispuesto en el art. 2 de la misma y en el art. 2.5 del Decreto de desarrollo. En el art. 2 de la Ley, al prever la posibilidad de clasificación de determinados “datos y objetos” y el art. 2.5 del Decreto, al concretar esos “datos y objetos” como “los lugares, obras, edificios e instalaciones de interés para la defensa nacional o la investigación científica”. Por tanto, es obvio que un acto clasificatorio de alguno de estos “datos u objetos” puede suponer un límite cierto a la libertad de residencia y deambulatoria de las personas no autorizadas, al no poder éstas ni siquiera encontrarse fortuitamente o transitar en los citados lugares so pena de poder estar cometiendo un delito. Así, el art. 8.b) LSO dispone como efecto de la clasificación de los locales, lugares o zonas en que radiquen las “materias clasificadas”, la prohibición a las personas no autorizadas “de acceso y las limitaciones de circulación”.

En la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se prevén funciones que, con el fin de la salvaguarda de la seguridad pública, la policía debe desempeñar y que pueden suponer una limitación a los derechos citados, especialmente respecto a la realización de detenciones con todas las garantías y el control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros, así como las funciones previstas en la legislación sobre extranjería, refugio y asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigración.

En cuanto a la Ley Orgánica 4/1981, interesan esencialmente respecto a la materia que se trata, la suspensión de derechos que se pueden producir durante los estados de excepción y de sitio que vienen precisamente determinados prácticamente por las mismas razones que el secreto, esto es, graves alteraciones del orden público o insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional.

El artículo 16.1 dispone que,

“la Autoridad gubernativa podrá detener a cualquier persona si lo considera necesario para la conservación del orden, siempre que, cuando menos, existan fundadas sospechas de que dicha persona vaya a provocar alteraciones del orden público. La detención no podrá exceder de diez días y los detenidos disfrutarán de los derechos que les reconoce el artículo diecisiete, tres, de la Constitución”.

, siendo necesario en todo caso, la comunicación al Juez en un plazo de veinticuatro horas.

Este artículo se complementa con el artículo 55.2 CE que dispone un régimen peculiar de suspensión individual de garantías para integrantes de bandas armadas o elementos terroristas para los que se prevé la posibilidad de ampliar el plazo máximo general de detención preventiva de 72 horas en 48 horas más previa autorización judicial, además de la suspensión del derecho a poner en conocimiento de familiares o persona que se desee la detención y el lugar así como el sometimiento a una posible incomunicación, medidas excepcionales todas ellas y que, para cierto sector de la doctrina¹²⁷, resultan excesivas y no se justificarían en ningún caso por el mantenimiento de la paz y la seguridad y cuya supresión sería deseable lo antes posible.

Para el estado de sitio se prevé adicionalmente la posibilidad de suspender el derecho que asiste al detenido a no ser obligado a declarar previsto en el artículo 17.3 CE.

De otro lado, y respecto a la libertad deambulatoria, el artículo 20 de la citada Ley de estados excepcionales establece que,

“Uno. La autoridad gubernativa podrá prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine, y exigir a quienes se desplacen de un lugar a otro que acrediten su identidad, señalándoles el itinerario a seguir.

Dos. Igualmente podrá delimitar zonas de protección o seguridad y dictar las condiciones de permanencia en las mismas y prohibir en lugares determinados la presencia de persona que puedan dificultar la acción de la fuerza pública.

Tres. Cuando ello resulte necesario, la Autoridad gubernativa podrá exigir a personas determinadas que comuniquen, con una antelación de dos días, todo desplazamiento fuera de la localidad en que tengan su residencia habitual.

Cuatro. Igualmente podrá disponer su desplazamiento fuera de dicha localidad cuando lo estime necesario.

Cinco. Podrá también fijar transitoriamente la residencia de personas determinadas en localidad o territorio adecuados a sus condiciones personales”.

Y todo ello, siempre que (para los apartados tres, cuatro y cinco), la Autoridad gubernativa haya tenido fundados motivos en razón a la

¹²⁷ PÉREZ ROYO, J.: “Curso de derecho constitucional”, Ed. Marcial Pons, 2003

peligrosidad que, para el mantenimiento del orden público, suponga a la persona afectada por tales medidas.

No podemos olvidar, por último, el art. 5.1 de la Ley 11/2002, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, al establecer que “las instalaciones, bases y centros de datos ”constituyen información clasificada, con el grado de secreto, exigiendo a su personal que adopte las medidas necesarias para “garantizar la seguridad y protección de sus propias instalaciones, información y medios materiales y personales”. De todo ello, se puede colegir que el acceso a las instalaciones del CNI estará limitado y solo se permitirá en los términos que exija su normativa interna.

Se trata en definitiva de posibles suspensiones de derechos y libertades que deben estar justificadas por razones de seguridad o de integridad de la soberanía estatal y que en la mayoría de los casos no están exentas de control, pues es común la referencia a la autorización o la comunicación al Juez de las medidas excepcionales, al igual que ocurre en el ámbito de actuación de los integrantes del CNI cuando se ven compelidos a suspender determinados derechos como los de la inviolabilidad del domicilio o de las comunicaciones previstos en el artículo 18.2 y 3 CE, tratándose en este caso de un control previo realizado por el magistrado del Tribunal Supremo designado al efecto.

Es precisamente ese control judicial el que impide un abuso¹²⁸ por parte de las autoridades gubernativas que, amparando su acción en la seguridad o el orden público, podrían campar por sus respetos, dando lugar a abusos y arbitrariedades injustificadas (especialmente respecto al derecho a la libertad, que coincidirán en la mayoría de las ocasiones con

¹²⁸ Vid. entre otras, las SSTC. 29/1982, de 31 de mayo, 6/1983, de 4 de febrero, 111/1983, de 2 de diciembre y 60/1986. La STS. de 2 de marzo de 1994, declara, por ejemplo, en relación con la delimitación de un polígono de tiro en Anchuras, que no existe vulneración del derecho a la libertad de residencia porque “no aparece la incompatibilidad ni la prohibición de residencia en los términos que se alega, y el lugar del emplazamiento, se ha hecho valorando precisamente la menor cercanía a los centros de población”.

aquellas causas que motivan la activación del habeas corpus¹²⁹). He ahí como el secreto puede configurarse como una nueva forma de escapismo del control previsto en las Leyes, incluidas las de carácter excepcional, lo cual debe ser evitado a toda costa.

Tampoco podemos olvidar, como ya se dijo, que el art. 17 CE garantiza el derecho a la seguridad y el respeto a su contenido esencial redunda también en el seguridad de todas y cada una de las personas que habitan el Estado cuya suma configura, a la postre, la seguridad de la propia Nación. Vemos de nuevo, como con el respeto a los derechos fundamentales se puede conseguir igualmente el objetivo tan buscado con el secreto, aunque este último, sin embargo, con el coste más elevado de suponer en la mayoría de las ocasiones un sacrificio de aquéllos.

d) El Derecho a la Intimidad, el honor y la propia imagen (art. 18 CE): Este derecho goza de autonomía conceptual frente a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, que ya vimos, son los derechos expresamente protegidos en la L.O. 2/2002, aunque es evidente que esa protección tiene un marcado carácter instrumental dirigido a la defensa de la privacidad o intimidad con carácter general, formando parte del mismo. No obstante, parece que el legislador ha querido dar una mayor protección a estas manifestaciones del derecho a la intimidad debido quizás a que, dada la naturaleza de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia, sean éstas las que están más expuestas a una posible intromisión ilegítima o violación mediante entradas en domicilios o interceptación de comunicaciones privadas a través de distintos medios, con especial consideración en nuestros días a Internet.

¹²⁹ Art.1 Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, Reguladora del Procedimiento Habeas Corpus: “A los efectos de esta Ley se consideran personas ilegalmente detenidas: a. Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las Leyes. b. Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar. C. Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las Leyes si, transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención. d. Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las Leyes Procesales garantizan a toda persona detenida”. En este sentido, son representativos los casos de los presos de Guantánamo en manos de las Fuerzas Armadas Norteamericanas o las palizas y tratos vejatorios que se han producido por miembros de las Fuerzas Armadas aliadas a detenidos o prisioneros en el conflicto bélico de Irak.

Habría que analizar cuáles son los límites específicos de este derecho que puedan justificar una acción de intromisión de los poderes públicos. Evidentemente, una primera justificación se puede encontrar en el consentimiento del propio titular del derecho, lo que exige que éste sea informado previamente de las medidas limitativas que se van a adoptar respecto a su propia intimidad. Asimismo, los poderes públicos quedarían exonerados de cualquier tipo de responsabilidad cuando las acciones de intromisión vinieran autorizadas por un Juez, generalmente dentro de investigaciones de carácter penal en los cauces autorizados que existan en cada caso o en los supuestos de “flagrante delito” respecto a la inviolabilidad del domicilio¹³⁰.

Parece pues, que la limitación del derecho a la intimidad se hace posible y si la protección de otros bienes o valores constitucionales ha justificado en ocasiones la limitación de este derecho, cabría preguntarse por qué no podría justificarla la seguridad del Estado o la defensa nacional. Así, como ejemplos de esas limitaciones, podemos citar el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público y el correspondiente conocimiento por la Administración de las cuentas bancarias (STC. 110/1984) o el de la alimentación de los hijos, imponiendo la práctica de la prueba de paternidad en un juicio de filiación (STC. 7/1994).

En cuanto al derecho al honor, ya se ha dicho que cabrían supuestos en los que éste nunca podría verse vulnerado, pues de la propia conducta de su titular, el derecho queda desprovisto de cualquier valor (STC. 50/1983, de 14 de junio). En este sentido, la seguridad del Estado podría justificar una intromisión en aquellos casos en que ésta sea puesta en peligro por actividades delictivas que desacreditan por sí mismas el honor de aquellas personas que las llevan a cabo. Y lo mismo podría afirmarse por extensión en la situación inversa, esto es, que el Estado no sea merecedor de ese “honor” cuando su propia actuación se haga desmerecedora de cualquier trato considerado, debiendo ser objeto de las investigaciones pertinentes.

Por último, tanto la intromisión en el derecho al honor como a la propia imagen podrá quedar justificada en aquellos casos en que sus titulares sean personas que ejercen profesiones o cargos públicos que, por su propia naturaleza, se encuentren más expuestos a una posible vulneración de ambos derechos mediante opiniones adversas, críticas o grabaciones, especialmente en actos públicos. Este matiz puede resultar favorable para las investigaciones que se dirijan a aquellas personas que integren los distintos poderes públicos en casos de que se vean inmersos

¹³⁰ MÚÑOZ CONDE, F.: *Op. cit.*, p.263, postula que también se puede justificar la intromisión en los casos en que exista un deber de denuncia y cita al respecto las SSTs. de 22 de marzo de 1962 y 8 de marzo de 1974.

en investigaciones por presuntas actividades punibles, especialmente los miembros del Gobierno y de la clase política, que son a la postre los competentes para realizar la clasificación y desclasificación de documentos y que presentan un indudable perfil público. Por el contrario, estas investigaciones se tornarán más difíciles respecto a los miembros del CNI¹³¹ y a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuyo anonimato es casi requisito imprescindible para el desarrollo de sus funciones y en ningún modo se encuentran expuestos al conocimiento y la crítica pública como factores que puedan atemperar o exonerar una posible intromisión en su derecho al honor como consecuencia de las averiguaciones realizadas en torno a su actividad. Tampoco parece ser el caso de aquellas personas que puedan estar sometidas a investigación por poner en peligro la seguridad o defensa del Estado, pues a pesar de que puedan estar identificados por las Fuerzas de Seguridad o los Servicios de Inteligencia, son personas que se mantienen en el anonimato.

De cualquier forma, los poderes públicos en el desempeño de su actividad investigadora deberán guardar especial cuidado en todas sus actuaciones para no vulnerar el derecho fundamental aludido e incluso cometer algún delito referido al mismo, especialmente en lo que respecta a la inviolabilidad del domicilio (art.534 CP), de la correspondencia (art. 535 CP) y de las comunicaciones (artículo 536 CP). No es por tanto gratuita la mención reiterada que en la legislación sectorial que regula la actuación de determinados colectivos se hace al especial cuidado que éstos deben prestar en cuanto al respeto al derecho a la intimidad y algunas de sus manifestaciones más características en el desempeño de las actividades que le son propias.

Así, por ejemplo, respecto a los miembros del CNI, se dispone en el art. 2.1 de su Ley Orgánica reguladora que “el Centro Nacional de Inteligencia se regirá por el principio de sometimiento al ordenamiento jurídico y llevará a cabo sus actividades específicas en el marco de las habilitaciones expresamente establecidas en la presente Ley y en la Ley Orgánica 2/2002, de 7 de mayo, reguladora del control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia”, siendo el artículo único en su epígrafe primero el que establece que “El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente, conforme a la Ley Orgánica del Poder

¹³¹ Art. 5.3 LCNI *in fine*: “Asimismo, sus miembros dispondrán de documentación que les acredite, en caso de necesidad, como miembros del Centro, sin que ello exonere a la persona o entidad ante la que se produzca la acreditación de la obligación de guardar secreto sobre la identidad de dicho personal. Las autoridades competentes ante las que comparezcan miembros del Centro Nacional de Inteligencia, por motivos relacionados con actividades del servicio, adoptarán las medidas necesarias para asegurar la protección de los datos personales, identidad y apariencia de aquéllos”.

Judicial, autorización para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro”. Asimismo, se dispone que la duración de las medidas solicitadas, no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de afección a la inviolabilidad del domicilio y tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, pudiéndose prorrogar ambos plazos por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad, añadiéndose otra garantía en forma de obligación para el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia, que deberá ordenar la inmediata destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante la autorización prevista en la Ley, no guarden relación con el objeto o fines de la misma.

De otro lado y en este sentido, resulta también paradigmática la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana cuyo Preámbulo menciona el derecho y el deber de obtener el Documento Nacional de Identidad a partir de los catorce años, que tendrá por sí solo suficiente valor para acreditar la identidad de los ciudadanos, garantizando en todo caso el respeto al derecho a la intimidad de la persona, sin que los datos que en el mismo figuren puedan ser relativos a raza, religión, opinión, ideología, afiliación política o sindical, o creencias. Asimismo, el art. 21¹³² de la citada Ley legitima la entrada y registros en los domicilios siempre y cuando los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad lo hagan en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijen las Leyes; por la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad, y siempre y cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que entrasen en un domicilio remitan sin dilación el acta o atestado que redactaren a la autoridad judicial competente.

¹³² De hecho, y como bien es sabido, el celo en el respeto al derecho a la intimidad supuso la declaración de inconstitucional y nulo del apartado segundo del citado artículo mediante Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre. Encontramos en esta sentencia un magnífico ejemplo de cómo la seguridad no puede suponer siempre una justificación en sí misma, ni una vulneración a toda costa de los derechos fundamentales y, en este caso, ni siquiera el delito flagrante o el conocimiento fundado que lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal o la necesidad de impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito, fueron causas suficientes para justificar la excepción a la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental.

Con relación al enfrentamiento entre derecho a la intimidad y la seguridad del Estado y la defensa nacional, queremos traer aquí también por su interés la STEDH de 26 de marzo de 1986 en el caso *Leander contra Suecia*, en donde un funcionario demandaba al estado sueco por negarse a permitir el acceso solicitado a los registros de datos de las autoridades policiales donde figuran informaciones sobre su vida privada (situación, antecedentes penales y afiliaciones políticas) que a la postre condicionarían su inadmisión en un proceso selectivo para acceder a un trabajo en un museo en una zona militar de carácter restringido. El Tribunal estudia la posible violación de los artículos 8 y 10 del CEDH, invocados por el demandante que hacen alusión respectivamente al derecho a la intimidad y al derecho a expresar y recibir libremente información veraz. Excluida por el Tribunal la violación del art. 10 por la misma razón del caso *Guerra contra Italia* (porque no se dan todas las circunstancias o elementos del tipo que ampararían la protección que confiere el citado derecho), sí considera sin embargo la posible vulneración del art. 8 CEDH en cuanto a una posible vulneración del derecho a la privacidad y el tratamiento automatizado de datos (con su corolario constitucional en el art. 18.4).

El Tribunal reconoce la garantía frente al almacenamiento, registro y comunicación de datos personales y concluye que ésta forma parte del derecho del artículo 8 como protección frente a las amenazas para la libertad de los individuos derivadas del almacenamiento sin su conocimiento de informaciones relativas a cada persona. El propio TEDH concluye que en lo que concierne a las cuestiones relativas a la accesibilidad pública de los datos con carácter personal, conviene otorgar a las autoridades nacionales competentes un cierto margen para establecer un justo equilibrio entre la protección de la publicidad de procedimientos judiciales, necesaria para preservar la confianza en los Jueces y en los Tribunales de una parte (STEDH. de 8 de diciembre de 1983 en el caso *Pretto y otros contra Italia*), y los intereses de una parte o de una tercera persona a ver que tales datos permanezcan confidenciales, por otra. La amplitud del margen de apreciación en la materia, es consecuencia de factores tales como la naturaleza y la importancia de los intereses en juego y la gravedad de la injerencia. Finalmente, el TEDH también rechazará la violación del derecho a la intimidad como consecuencia de la denegación del acceso al demandante, justificando su decisión en razones de seguridad nacional previstos en la legislación sueca, que permiten limitar el citado derecho, dando así preeminencia en este caso a la seguridad frente al derecho a la intimidad. En cualquier caso, estimamos que en estos supuestos no sería suficiente con que la legislación amparase la denegación del acceso por motivos de seguridad nacional, sino que además sería necesario que las autoridades justificasen y motivasen en su resolución denegatoria las causas o los motivos por los que, en cada caso concreto, se ponen en riesgo de manera puntual, patente y efectiva dicha seguridad nacional,

no bastando con aludir a la misma con carácter genérico o abstracto para justificar la denegación al acceso.

Creemos también conveniente en relación con el derecho analizado hacer una breve reseña a un fenómeno reciente que pondría en mayor dificultad si cabe la propia delimitación o acotación del concepto de seguridad del Estado y no es otro que la conocida como la “teoría del mosaico” que alude a datos que no constituyen el “núcleo duro” del derecho a la intimidad pero que según los casos pueden formar parte de éste o que sin llegar a formar parte de la intimidad integran datos sobre la privacidad que conectados, a través especialmente de medios informáticos, pueden permitir trazar el perfil exacto de una persona y el desarrollo de su vida íntima, lo cual, aparte de estar prohibido a nivel constitucional en el artículo 18.4, podría suponer su transformación en información que afecte a la seguridad del Estado, a pesar de su aparente carácter intrascendente por lo singularizado o personal de los propios datos que puedan inducir a pensar lo alejado que se encuentran de un concepto tan general o abstracto como es la seguridad del Estado. Tal y como ha señalado acertadamente el magistrado XIOL RÍOS en su voto particular a la STS. 4 de abril de 1997, el “efecto mosaico” se configura como,

“el riesgo de que la averiguación de uno o varios datos aislados, aparentemente intrascendentes, puedan, en manos expertas, transformarse en un potente instrumento para la averiguación de identidades, métodos o datos de organización que se creía ingenuamente mantener en secreto”.

Por último, y en lo que atañe a este epígrafe, nos gustaría antes de finalizar, hacer una reseña sobre el derecho a la autodeterminación informativa con relación al uso de la informática del artículo 18.4 CE. Se trata de un derecho que es un trasunto del denominado “habeas data” y que está estrechamente vinculado al derecho a la intimidad, el honor y la propia imagen. Al individuo, en este caso, le asiste un doble derecho con carácter básico: a que no se traten datos sobre su persona sin su consentimiento inequívoco y, por otra parte, al acceso, rectificación y cancelación de dichos datos que obren en poder de la Administración.

Siguiendo la línea de investigación de este trabajo, consideramos de mención imprescindible algunos artículos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Para comenzar y con carácter general, se reconoce el carácter secreto de los datos de carácter personal en el artículo 10 de la mencionada Ley, estableciendo una estrecha relación con el secreto profesional al disponer que ,

*“El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al **secreto profesional** respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del derecho o, en su caso, con el responsable del mismo”.*

A partir de aquí, nos interesan las excepciones. Es decir, aquellos casos en que los poderes públicos, amparados en la seguridad del Estado o la defensa nacional están legitimados para tratar datos personales o no permitir su acceso o rectificación a sus titulares sin que estas acciones supongan violación del citado derecho. Estas excepciones serán, a la sazón, prácticamente las mismas que los tratados con carácter general para el derecho a la intimidad, el honor y la propia imagen, aunque con peculiaridades. Así, y para la primera manifestación del derecho (tratamiento de datos), el artículo 6.2 de la citada Ley, en lo que nos interesa, no considerará violación del mismo el tratamiento de los datos personales, entre otros casos, cuando se cuente con el *consentimiento inequívoco del afectado*, salvo que la Ley disponga otra cosa; cuando se recojan para el *ejercicio de las funciones propias de la Administración* en el ámbito de sus competencias o cuando *los datos figuren accesibles al público y su tratamiento sea necesario* para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado. Entre estas causas eximentes de responsabilidad cabe llamar la atención respecto a la mencionada en segundo lugar. ¿Podrían considerarse como funciones propias de la Administración en el ámbito de sus competencias el mantenimiento de la seguridad del Estado y la defensa nacional? No parece descabellado contestar afirmativamente, si bien es plausible que las competencias de la Administración en esa materia queden muy reducidas, por no decir prácticamente limitadas, a las que ejercen los Ministerios de Defensa, Interior o Asuntos Exteriores.

Respecto a la segunda manifestación del derecho, esto es, aquella por la que una persona puede acceder, rectificar o cancelar los datos que consten sobre su persona en los ficheros de titularidad pública (concretamente y en lo que interesa, en manos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad “para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de las infracciones penales”), el artículo 23 LPD es esclarecedor en cuanto a las excepciones que se pueden establecer a semejante derecho. Así, dispone que es legítima la denegación del ejercicio del derecho de acceso a datos policiales,

“en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de

los derechos y libertades de terceros o las necesidades de la investigaciones que se estén realizando”.

Asimismo, el artículo 24 LPD establece que se podrá omitir el derecho que asiste a los interesados a los que se soliciten datos personales a ser informados de manera previa, expresa, precisa e inequívoca de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información, así como del carácter obligatorio o facultativo de la respuesta a las preguntas que le sean planteadas cuando,

*“afecte a la defensa nacional, a la seguridad pública o la persecución de infracciones penales”.*¹³³

En cuanto a la limitación al movimiento internacional de datos a solicitud de otras Administraciones, el artículo 33 LPD establece una lista tasada de excepciones, entre las que nos interesan los contemplados en los siguientes epígrafes,

“b) cuando la transferencia se haga a efectos de prestar y solicitar auxilio judicial internacional”.

h) cuando la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguarda de un interés público.

i) cuando la transferencia sea precisa para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial”.

Parece pues, que recapitulando las menciones hechas a las excepciones a este derecho, éstas están justificadas cuando aparezcan las

¹³³ Así pareció derivarse también de la Sentencia ya mencionada del TEDH de 26 de marzo de 1986 en el caso *Leander contra Suecia*. Posteriormente esta jurisprudencia, fundamentada en que cuando la seguridad nacional estuviera en juego, el alcance de los controles sólo debía llegar hasta allí donde resultara posible, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, fue modificada por la STEDH de noviembre de 1996 (caso *Chahal contra Reino Unido*) en la que estimó la violación de una serie de derechos como el de la integridad física y moral, a no ser privado de libertad, recurso ante un órgano judicial, etc. y en la que afirmó sin paliativos que “El Tribunal reconoce que el uso de la información de carácter confidencial puede ser inevitable cuando se haya en juego la seguridad nacional. Pero eso no implica que las autoridades nacionales hayan de quedar libres de controles efectivos por parte de los Tribunales nacionales siempre que afirmen estar ante un problema de seguridad nacional o de terrorismo”.

ya tan repetidas causas de orden o interés público, la defensa nacional, la seguridad pública y la del Estado, el auxilio Judicial, la persecución e investigación de los delitos, etc. y que no dejan de ser constantes a la hora de limitar derechos en el ámbito objeto de este estudio.

e) El Derecho al secreto profesional (arts. 20.1.d) y 24.2 CE):

Resulta cuanto menos llamativo que el presente derecho que comenzamos aquí a analizar se encuentre pendiente de desarrollo por una Ley, ya que a día de hoy no se ha cumplido la previsión constitucional del artículo 20.1.d) y 24.2 CE. Dentro de este bloque, ya se hizo una distinción entre los secretos de los periodistas, en donde el bien jurídico protegido es el derecho a la información (artículo 20.1.d) CE) y el de otros profesionales (artículo 24.2 CE), en el que lo que se trata de proteger es la intimidad de las personas por la información facilitada a ciertos profesionales (abogados, procuradores, notarios, médicos o detectives privados) o su libertad religiosa (artículo 16 CE), si la información se facilita a ministros de culto bajo el secreto de confesión. Su vulneración puede dar lugar a lo que se conoce como el posible “quebrantamiento de la confianza”, por la que estos profesionales, bien por voluntad propia o ante las presiones de distintas autoridades, ponen a disposición de terceros determinada información obtenida con el consentimiento de sus clientes pero para fines distintos a los propios del círculo del ejercicio de su profesión, pudiendo dar lugar a la comisión del delito consistente en el quebrantamiento del secreto profesional ex. art. 199 CP.

En cuanto a los periodistas, veremos en este ámbito el derecho que les asiste a negarse a cualquier intromisión de los poderes públicos, su empresa o terceros para que revelen sus fuentes de información o entreguen el material informativo (cintas, grabaciones, etc.). Lo mismo ocurriría respecto al resto de profesionales a los que se ha hecho mención. Estos derechos se opondrán normalmente ante la intromisión de los Servicios de Inteligencia con el fin de obtener información que resulte útil para la consecución de sus fines, principalmente en lo que atañe a los arts. 4.a) y b) LCNI¹³⁴, aunque tampoco puede resultar

134“ a) Obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia necesaria para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, pudiendo actuar dentro o fuera del territorio nacional.

b) Prevenir, detectar y posibilitar la neutralización de aquellas actividades de servicios extranjeros, grupos o personas que pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento constitucional, los derechos y libertades de los ciudadanos españoles, la soberanía, integridad y seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población”.

extraño que también entren en confrontación con la actuación de otros colectivos como las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Con respecto a la actuación de estas últimas, la legislación que regula la seguridad ciudadana¹³⁵ amplía el espectro profesional que puede verse afectado por la citada intromisión, y así, por ejemplo, se mencionan los empresarios (personas naturales o jurídicas) que desarrollen actividades relevantes para la seguridad ciudadana, como las de fabricación y reparación de armas, sus imitaciones y réplicas, y de sus piezas fundamentales; explosivos, cartuchería y artificios pirotécnicos; así como los de su circulación, almacenamiento y comercio, su adquisición y enajenación. También con aquellos vinculados al hospedaje, el comercio o reparación de objetos usados, el alquiler o el desguace de vehículos de motor, o la compraventa de joyas y metales preciosos y la navegación de embarcaciones de alta velocidad, los cuales podrán verse obligados a prestar la información requerida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que estén previstas en la normativa vigente.

Entendemos sin embargo, que la cuestión más polémica en torno al derecho al secreto profesional se centra en dos aspectos: en primer lugar, si el secreto profesional puede amparar la comisión de delitos y en segundo lugar, si la comisión o presunta comisión de éstos justifica la difusión y publicación de informaciones secretas o reservadas que han caído en manos de los profesionales de la información generalmente a través de filtraciones desde la propia Administración o de personas que han trabajado anteriormente para la misma, sin que dichos profesionales desvelen la identidad de sus fuentes.

El primer supuesto, por el cual un profesional tiene conocimiento de la comisión de un delito por razón del ejercicio de su profesión y en función del secreto que le asiste no denuncia el mismo o no facilita la información a la autoridad judicial competente, parece inadmisibles si consideramos lo establecido en el artículo 262 LECrim¹³⁶, pues se podría estar cometiendo un delito de omisión del deber de impedir determinados delitos o de ponerlos en conocimiento de la autoridad, salvo en las excepciones del art. 263 LECrim previstas para los Abogados y a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes y a los eclesiásticos y

¹³⁵ Arts. 7.a), 12.1 y 2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

¹³⁶ “Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante”.

ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

Respecto a la publicación y difusión de informaciones secretas o reservadas, se podría también cometer el delito de descubrimiento y revelación de secretos e incluso de traición, pues la denuncia de los hechos ya no se facilitaría al Juez o al Ministerio Fiscal, sino que se haría pública a toda la ciudadanía, convirtiéndose los propios periodistas en “Juez y parte” en el asunto al ejercer la libertad de expresión y el derecho a difundir información previamente a que así lo decida o considere un Juez atendiendo a la ponderación que éste haga de los derechos y valores en juego. No obstante, entendemos que en esta segunda cuestión, el derecho fundamental en juego no solo sería el del secreto profesional en cuanto no desvelar las fuentes de información o los hechos de los que se tiene conocimiento por el ejercicio de una profesión privada, sino también el de la libertad de expresión del artículo 20.1.a) CE, pues lo que se debate es la posibilidad de difundir información y darle publicidad cuando lo publicado pueda poner en riesgo la seguridad del Estado. En este sentido, y con independencia de la ponderación de bienes y derechos en litigio (libertad de expresión, secreto profesional – colaboración con la justicia y la seguridad del Estado)¹³⁷, habría que analizar si se ha cometido algún delito como los ya citados de traición o de revelación de secretos¹³⁸.

¹³⁷ No podemos olvidar la prioridad que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido dando a lo largo de los años a la libertad de expresión cuando se ejerce por periodistas (STC. 6/1981) frente a otros derechos fundamentales como puedan ser el de la intimidad, el honor y la propia imagen siempre que las informaciones vertidas fruto del ejercicio de la libertad viniesen amparadas legalmente por la veracidad de las informaciones, el interés público de la noticia y la ausencia de expresiones injuriosas o insultantes. Si ello es así, mayor prioridad debería darse a tal libertad de expresión cuando el objeto de conflicto no ostenta siquiera la categoría de derecho fundamental, sino la de mero valor o principio constitucional como es la de la seguridad del Estado.

¹³⁸ Relativa a esta cuestión, COUSIDO GONZÁLEZ, M^a. PILAR, *op. cit*, pp. 83 y 84 plantea una cuestión interesante en torno al hecho de que el periodista o cualquier ciudadano haya obtenido la información a través de una filtración de algún funcionario. Resuelve la cuestión de manera contundente al afirmar que “en este caso, la responsabilidad obviamente recae sobre la autoridad”, si bien el periodista podría ser llamado como cómplice o encubridor de la violación por parte de la autoridad. No obstante, consideramos particularmente que la cuestión no estaría tan clara, pues si el funcionario ha cometido un delito como pueda ser el de violación de secretos, infidelidad en la custodia de documentos o uso indebido de la información privilegiada, ello no quiere decir que el periodista esté exento de cualquier responsabilidad pues podría cometer algún otro delito como el de traición atendiendo a las obligaciones que establece el artículo 9.1 LSO en cuanto a mantener el secreto y

Concluimos por tanto, que los profesionales deberán desvelar cualquier tipo de información que suponga la denuncia de actividades delictivas por encima incluso del secreto profesional al que se deben. Asimismo, los periodistas y profesionales de la información deberán revelar sus fuentes y hechos delictivos de los que tengan conocimiento a través de su profesión, pasando incluso por encima del secreto profesional. Respecto a la publicación y difusión de esos hechos, parece que pueden optar también por la misma cuando éstos amparen la comisión de delitos, imponiéndose la libertad de difundir y recibir información a la seguridad del Estado. Este parece ser el punto de partida con el que, con carácter general, se debe enfocar la cuestión en un Estado democrático y de derecho en el que deberá prevalecer el valor de la justicia y la legalidad vigente. No obstante, habrá que valorar caso por caso y analizar de cualquier manera si en estas acciones de difusión, publicidad o puesta en conocimiento se produce la comisión de otros tipos delictivos que, de manera aparentemente contraria a la tesis sostenida, contempla nuestro Código Penal. Parecería pues, que el intento de evitar la denuncia de un delito podría conllevar en sí misma la comisión de otro delito, por lo que la solución no es fácil y mucho menos para el profesional que deba decidir entre la denuncia o el secreto, aunque la cuestión parecería solventarse en los términos del art. 262 LECrim en cuanto a que se cumplen con la obligación de denunciar poniendo los hechos en conocimiento únicamente del Poder Judicial o del Ministerio Fiscal pero sin publicar o difundir los mismos a toda la ciudadanía en un sacrificio de la libertad de expresión y de difundir la información.

Este “sacrificio” vendrá justificado en la medida en que con él se pueda evitar la comisión de los delitos del artículo 583.3º CP (favorecimiento del enemigo, en el sentido de suministrar a éste planos de fortalezas, edificios, o de terrenos, documentos o noticias que

entregarla a la autoridad civil o militar más cercana y, si ello no fuese posible, a poner en conocimiento de ésta su descubrimiento o hallazgo, y por cuanto que en la mayoría de los casos el periodista es plenamente consciente de la “ilegalidad” que implica la obtención de la citada información. No en balde, es el propio Código Penal el que en su art. 416 dispone que “serán castigados con las penas de prisión o multa inmediatamente inferiores a las respectivamente señaladas en los tres artículos anteriores *los particulares* encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos, por comisión del Gobierno o de las autoridades o funcionarios públicos a quienes hayan sido confiados por razón de su cargo, que incurran en las conductas descritas en los mismos”, mientras que el art. 418 insiste en que “el *particular* que aprovechare para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad, será castigado con multa del tanto al triple del beneficio obtenido o facilitado. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años”.

conduzcan directamente al mismo fin de hostilizar a España o de favorecer el progreso de las armas enemigas), el artículo 584 CP (espionaje por el que se revele información clasificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional con el propósito de favorecer una potencia extranjera), el artículo 598 CP (que contempla el mismo tipo cuando se realiza sin dicho propósito), el 585 CP (para los que provoquen, conspiren o propongan cualquiera de los delitos citados anteriormente), el 589 CP (para los que publiquen en España cualquier orden, disposición o documento de un Gobierno extranjero que atente contra la independencia o seguridad del Estado) y al 594 CP (delito de derrotismo por comunicar o hacer circular noticias o rumores falsos encaminados a perjudicar el crédito del Estado o los intereses de la Nación).

Entre aquellos delitos relativos a la defensa nacional, destacaremos, el del artículo 598 CP (en los casos en que se revele información legalmente clasificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar), el 599 CP (que cualifica el delito anterior cuando la revelación consista en la revelación con publicidad *en algún medio de comunicación social o de forma que se asegure su difusión*) o el 602 CP (en relación con la revelación de información legalmente clasificada como reservada o secreta, relacionada con la energía nuclear).

Serán pues acciones que, en cualquier caso, los profesionales deberán soslayar para evitar la comisión de uno de estos delitos aun cuando lo que se pretenda es precisamente la denuncia de otros. Pero fuera de estos casos, no habría justificación alguna para respetar el silencio de los profesionales frente a las intromisiones o solicitudes de los poderes públicos (especialmente las del Poder Judicial en la investigación de los delitos) o de los periodistas en cuanto a la publicación de materias de interés público que favorezcan la persecución de los delitos, aunque con un matiz importante. Y es que en el primer caso, existe un deber u obligación de denunciar los hechos presuntamente delictivos al Juez y al Ministerio Fiscal, mientras que en el segundo, no existe tal obligación, pudiendo los periodistas o los profesionales de la información optar , en una iniciativa más conservadora, por no ejercer la libertad de expresión o el derecho a difundir la información, o al menos, posponerlos hasta que el Poder Judicial se haya pronunciado sobre el asunto, evitando al mismo tiempo lo que se han venido en llamar las penas de “quiosco” y la comisión de delitos de injurias y calumnias o contra el honor de los denunciados, además de la posible infracción del art. 9.1 LSO en cuanto a la obligación de cualquier persona de mantener en secreto y entregar cualquier materia clasificada a la Autoridad civil o militar más cercana.

Por otra parte, se ha planteado incluso por algunos autores la exigencia del error o desconocimiento sobre el hecho del secreto de una información. Si no solo la información es secreta, sino también el acuerdo que determina su clasificación (como ocurrió con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1996, en el que se determinaban ciertas materias como clasificadas), ¿cómo es posible entonces la exigencia de sigilo o secreto a los profesionales sobre una cuestión cuyo carácter secreto se desconocía? Se trataría en este caso de un error invencible, pues no habría manera de saber si una materia o cuestión se encuentra clasificada o no pues la misma decisión o acuerdo clasificatorio es también secreto.

También podrían considerarse a los funcionarios como “profesionales” afectados por estas circunstancias, pues no dejan de ejercer también una profesión, pero en este caso, por su estatus especial y su condición de autoridad pública, los delitos girarían en torno a otros tipos como los de infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos y uso indebido de la información privilegiada¹³⁹, pues más que un derecho, en este ámbito se configura como un deber u obligación frente a las posibles intromisiones de los particulares. Como consecuencia de ello, si antes veíamos que el artículo 262 LECrim obligaba a los particulares a declarar sobre la posible comisión de los delitos sobre los que tuviesen conocimiento, permitiendo excepcionar el secreto profesional y la posibilidad de la difusión de información y siempre y cuando no se cometiese cualquier otro de los delitos enumerados anteriormente, para los funcionarios el artículo 417.2 LECrim parece que les exonera de esta obligación “cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida”¹⁴⁰. Esta cuestión la dejaremos, no obstante, para más

¹³⁹ No obstante, el Auto del TS de 20 de febrero de 1995 consideró que no eran aplicables estos delitos cuando el funcionario era llamado por los Tribunales de Justicia para declarar sobre la posible comisión de delitos que se hubieran realizado amparados bajo el manto de la calificación legal de los secretos. El Tribunal de Conflictos en su sentencia de 15 de diciembre de 1995 (caso de los “papeles del CESID”) decidió que dicha revelación que supone la desclasificación de materias legalmente clasificadas debe solicitarse por el juez al Consejo de Ministros, pero *no que, una vez observadas todas las garantías y precauciones, no puedan ser accesibles a la investigación Judicial*.

¹⁴⁰ No podemos olvidar que además, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público impone en el art. 52 como deber de los funcionarios públicos la “confidencialidad” y en el art. 53.12 como principio ético el de guardar “secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente”, y mantener “la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que

adelante cuando analicemos los secretos por razones de interés público y los derechos fundamentales que pueden resultar afectados en este ámbito.

4.- La actitud “defensiva” de los poderes públicos frente a intromisiones de terceros y la posible afectación de los derechos de los arts. 20.1.a) y d), 23, 24 y 105.b).

Vistos hasta aquí los derechos de los particulares que pueden resultar afectados por la actitud intromisiva u “ofensiva” de los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias de mantenimiento de la seguridad y de captación de información con ese mismo fin, vamos a pasar a distinguirlos respecto de aquellos que pueden ser vulnerados por la actitud “defensiva” de los poderes públicos en cuanto a no prestar información por razones de interés público a solicitud o por “intromisión”, en este caso, de los particulares o de otros poderes como el Judicial, que serán, en esta otra perspectiva, los solicitantes de aquélla. Entre ellos destacamos el derecho a informar y recibir información de los artículos 20.1.a) y d) CE, el derecho al secreto profesional (en este caso referido a los funcionarios), el derecho a la tutela Judicial efectiva del artículo 24 CE y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del artículo 23.2 CE.

Si la vulneración de los derechos del primer bloque se producía porque la actuación de los poderes públicos no estaba legitimada por el fin de la salvaguarda de la seguridad del Estado o la defensa, con los derechos del segundo bloque esa vulneración se va a producir por el hecho de que el material denegado no se halle formalmente clasificado como materia secreta o reservada¹⁴¹, si bien lo que se plantea como una

puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público”. Asimismo, el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado tipifica en el art. 6.e) como falta muy grave “la publicación o utilización indebida de secretos oficiales así declarados por Ley o clasificados como tales” y en el art. 7.j) como falta grave “no guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio”. También el art. 4.f) LCNI establece al respecto que sus integrantes deberán “velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la información clasificada”.

¹⁴¹ A pesar de que el art. 4 LSO no parece que confirme este término, pues extiende la protección al material no clasificado formalmente al establecer la obligación de

de las cuestiones más polémicas en la presente tesis es si precisamente esa violación de derechos se puede producir también y *a pesar* de que las materias se encuentren clasificadas, pero dicha clasificación deviene insuficiente porque no está amparada en la seguridad o la defensa, que son al fin y al cabo y según parece, lo que justificará en última instancia la actuación de las autoridades públicas tanto en un bloque como en otro de derechos.

Parece lógico pensar en la admisión de esta última postura pues el hecho de que una materia esté clasificada puede suponer o implicar una advertencia o especial consideración de un determinado material, pero entendemos que, en ningún caso, puede erigirse en un fin en sí mismo que legitime cualquier exclusión de las iniciativas de acceso. En muchos otros ámbitos, el Gobierno actúa en función de lo que determinan las Leyes pero ello no le exime de cualquier tipo de control. Pensemos, por ejemplo, en la declaración de utilidad pública o interés social de una expropiación o en la concesión de un indulto de manera graciable por razones de justicia, equidad o utilidad pública o en la prohibición o desviación de una manifestación por posibles peligros para bienes o personas o en la declaración de un estado de excepción porque el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los Servicios Públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo. Entendemos que en otros casos, la mera invocación a las causas justificantes no supondría la misma justificación de su actuación, ya que ésta estaría sometida a control en todo caso por los Tribunales de justicia para comprobar precisamente que dicha actuación se ha producido como efectiva consecuencia de las causas que la permiten.

a) El derecho a informar y recibir información de los artículos 20.1.a) y d) CE: En otras palabras, estos derechos aluden a la forma de obtener o recibir la información (vertiente pasiva del derecho) y la posibilidad *a posteriori* de difundirla o publicarla (vertiente activa). Comenzaremos por la obtención o recepción de la información. Ésta puede obtenerse de muy diversas fuentes pero, para el caso que nos interesa en el presente trabajo, se trataría de analizar en detalle el supuesto en que la información se desea obtener de los poderes públicos. Se trataría por tanto del derecho contemplado en el artículo 105.b) CE de acceso de los ciudadanos (incluidos lógicamente los periodistas) a los archivos y registros administrativos, para el cual sí se prevé

cualquier persona al servicio de la Administración del Estado o de las Fuerzas Armadas de poner en conocimiento de su Jefe inmediato, no solamente la revelación o el extravío de material clasificado, sino “cualquier otro asunto que, *a su juicio*, reúna las condiciones de secreto o reservado.

expresamente el límite de la seguridad y defensa del Estado que puede justificar en este caso, no ya la actitud “intromisiva” del Estado frente a particulares como ocurría con los derechos analizados anteriormente, sino la actitud “defensiva” del Estado frente a una posible injerencia de los particulares, de manera que una negativa a facilitar información por parte de los poderes públicos que se encontrara suficientemente motivada en derecho, no supondría una vulneración del derecho fundamental en cuestión.

Para que el Estado esté legitimado en su actitud “defensiva”¹⁴², es necesario que concurren tres condiciones. A saber, que no se declare el secreto a todo un tema o materias informativas, sino exclusivamente a datos o documentos concretos; que los documentos o datos deben estar clasificados antes de su obtención¹⁴³ y que efectivamente la limitación en el acceso esté orientada a la defensa de bienes constitucionalmente protegidos, pues aquellos que se decreten con la finalidad de proteger intereses ajenos a la Constitución no gozarán de validez jurídica y, por ende, no son merecedores de esa protección. A estos añadiríamos el hecho de que la información haya sido obtenida lícitamente¹⁴⁴ y de que no se haya excluido el acceso por una actividad discriminatoria que no se fundamente en criterios objetivos y razonados (como por ejemplo, mediante censura previa a determinados medios de comunicación).

Nuestro ordenamiento jurídico regula con carácter general dicho acceso en el artículo 37 de la LRJPAC, estableciéndose como límites, aparte del hecho de que se trate de expedientes que contengan información sobre la seguridad del Estado y la defensa nacional – artículo 37.5.b)-, el hecho de que se trate de expedientes no finalizados, que afecten a la intimidad de particulares, que se trate de expedientes sancionadores o disciplinarios, actos de Gobierno no sometidos a

¹⁴² URÍAS, J.: “Lecciones de derecho de la información”, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, p.83 y 84.

¹⁴³ El artículo 9.2 LSO ya citado dispone que cuando se prevea que una materia clasificada pueda llegar a conocimiento de los medios de comunicación, se notificará a éstos la calificación de secreta o reservada de la misma. Para el autor mencionado en la cita anterior, este artículo se derivaría de la circunstancia por la que se exonera de cualquier responsabilidad penal al periodista que consigue lícitamente la información y desconoce su carácter secreto, si bien, si como consecuencia de la publicación de la información se derivara algún efecto jurídico reprochable, el periodista debería responder como colaborador aunque sea en razón de su conducta negligente.

¹⁴⁴ Si la información se obtuviera ilícitamente, ya no estaríamos en el ejercicio de un derecho ante el que el Estado se puede oponer de manera motivada, sino ante la comisión de un delito que podría suponer un concurso con el de traición en el caso de que también se divulgara.

derecho administrativo, los que afecten a la investigación de delitos, aquellos sometidos a secreto comercial o industrial y política monetaria, así como los establecidos por Ley en distintos sectores que no son objeto de este estudio.

El derecho del art. 20 CE también puede verse limitado por la declaración de estados de excepción o sitio, concretamente en sus apartados 1.a) y d) y 5. Así, el artículo 21 de la Ley 4/1981, dispone que,

“Uno. La Autoridad gubernativa podrá suspender todo tipo de publicaciones, emisiones de radio y televisión, proyecciones, cinematográficas y representaciones teatrales, siempre y cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo veinte, apartados uno, a) y d), y cinco de la Constitución. Igualmente podrá ordenar el secuestro de publicaciones.

Dos. El ejercicio de las potestades a que se refiere el apartado anterior no podrá llevar aparejado ningún tipo de censura previa”.

De esta forma, la seguridad del Estado y la defensa nacional no podrían justificar en ningún caso la censura previa, mientras que el secuestro de las publicaciones y la suspensión del ejercicio de esta libertad solo podría justificarse en los casos permitidos por la Constitución y las Leyes (en este caso con autorización del Parlamento) so pena de cometer un delito contra la libertad de expresión (art.538 C.P).

Por su importancia, queremos también traer aquí a colación las SSTEDH. ya citadas en los asuntos *The Sunday Times, The Observer y The Guardian contra Reino Unido* de 26 de noviembre de 1991 sobre violación de la libertad de expresión por prohibir la publicación de actividades ilegales de servicios nacionales de seguridad¹⁴⁵. Para el Tribunal, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión del art. 10 del Convenio de Derechos Humanos “podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas *por la Ley* que constituyan *medidas necesarias en una sociedad democrática*; para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial”, añadiendo que las excepciones deben ser “interpretadas de forma *restrictiva*” y que el

¹⁴⁵Vid. TEROL BECERRA, M.: “Las grandes decisiones del TEDH”, Ed. Tirant lo Blanch, 2005 y SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: “Actos políticos, inteligencia nacional y Estado de derecho”, REDC, año 22, núm. 65, mayo – agosto, 2002. Pp.127 a 130.

adjetivo necesario al que se hace alusión implica una “imperiosa necesidad social”, vinculada ésta con la urgencia¹⁴⁶ en la denuncia de los hechos y que ésta sea “proporcional a los objetivos legítimos perseguidos” para acabar concluyendo que, en el caso interesado, la injerencia estatal en la limitación del derecho no era “necesaria en una sociedad democrática”.

b) El secreto “profesional” de los funcionarios públicos: El límite establecido respecto a la seguridad y defensa del Estado se refleja en el deber de todo el personal de la Administración civil y militar del Estado (tanto funcionario como laboral) de guardar secreto sobre informaciones que puedan entrañar riesgos para la seguridad y defensa del Estado (así lo establece la propia LSO con carácter general en el artículo 8.c), en el que se establece que “el personal que sirva en la Administración del Estado y en las Fuerzas Armadas estará obligado a cumplir cuantas medidas se hallen previstas para proteger las materias clasificadas”. Son ellos quienes personalizan la oposición o negativa de los poderes públicos a cualquier acceso a través de distintas acciones como puedan ser:

- la *clasificación* de las materias como secretas o reservadas (artículo 3 LSO).
- la *puesta en conocimiento* a alguno de los órganos competentes para la clasificación de aquellos asuntos que estimen reúnen las condiciones o son susceptibles de clasificación (artículo 6 LSO) y la puesta en conocimiento a toda persona que tenga acceso a una materia clasificada de la índole de la misma con las prevenciones oportunas (artículo 11.3 LSO).
- La *prohibición de acceso* y el *establecimiento de limitaciones de circulación* a personas no autorizadas en locales, lugares o zonas en que radiquen las materias clasificadas (artículo 8.b) LSO).
- la obligación de *cumplir cuantas medidas* se hallen previstas para proteger las materias clasificadas (artículo 8.c) LSO).
- la *notificación a los medios de información de la condición de secreta o reservada* de aquella información que se prevea que pueda llegar a su conocimiento (artículo 9.2 LSO).
- la *no concesión de autorizaciones para el acceso* a las materias clasificadas en sus respectivas dependencias, así

¹⁴⁶ Vinculada a la proximidad en el acaecimiento de los hechos. Nosotros también estimamos que la urgencia vendrá condicionada no solo por ser acontecimientos recientes, sino también en cuanto a su carácter delictivo y su posible prescripción en caso de que su falta de denuncia o publicación suponga la inmunidad final de los delincuentes.

como para su desplazamiento fuera de las mismas (artículo 11.2 LSO *sensu contrario*).

- La atención al *mantenimiento y mejora de los sistemas de protección, velar por el efectivo cumplimiento* de la Ley de Secretos Oficiales, por la correcta aplicación de las calificaciones de secreto o reservado y porque se *promuevan las acciones* penales, las medidas disciplinarias y los expedientes administrativos para corregir las infracciones a esta Ley (artículo 12 LSO).

Asimismo, no son pocas las menciones que la legislación vigente hace a la obligación por parte de distintos funcionarios de mantener el secreto. Así, respecto a los miembros del Centro Nacional de Inteligencia, los arts. 4. f) y g) de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia les exige “velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la información clasificada” y “garantizar la seguridad y protección de sus propias instalaciones, información y medios materiales y personales”. El art. 5.3 de la misma exige a la persona o entidad ante la que se produzca la acreditación de la obligación de guardar secreto sobre la identidad de dicho personal, debiendo adoptar las autoridades competentes ante las que comparezcan miembros del Centro Nacional de Inteligencia, por motivos relacionados con actividades del servicio, las medidas necesarias para asegurar la protección de los datos personales, identidad y apariencia de aquéllos. Por otra parte, el art. 5.5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dispone a su vez que sus integrantes deben guardar “riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones”, no estando “obligados a revelar las fuentes de información salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la Ley les impongan actuar de otra manera”.

Actuar en sentido contrario pudiera dar lugar a la exigencia de la responsabilidad disciplinaria por infracción muy grave del artículo 95.2.f) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público por “negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido”, además de poder constituir una actividad delictiva encasillable en alguno de los tipos genéricos de los artículos 584, 598 y 599 CP (revelación de información reservada) o de los contemplados específicamente para los funcionarios en el artículo 417 CP y siguientes (infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos).

Si veíamos que los periodistas ostentaban el derecho a obtener información y expresar y difundir noticias derivadas de esa información y el secreto profesional lo podían invocar frente a la acción de

intromisión del Estado o de terceros para no desvelar sus fuentes, así como otros profesionales debían guardar sigilo y secreto de los datos personales de sus clientes y no utilizarlos para fines diferentes, pudiendo invocarse también ante el Estado para no facilitarle dichos datos, los empleados de la Administración del Estado ostentarían también el secreto “profesional”, aunque en este caso, bien es cierto, que más como una obligación¹⁴⁷ que como un derecho, para oponerse a cualquier actividad de intromisión de los particulares (periodistas o cualquier otro particular) o de otros poderes públicos (Legislativo o Judicial). Además, se protegen fines diferentes. Con el primero, el derecho a la información, el de la intimidad con el segundo y la seguridad del Estado y la defensa nacional con el tercero. Fuera de estos ámbitos, no se podrá establecer límite alguno a las respectivas actividades.

Y ello con un matiz importante. Si la actitud excluyente de los particulares debe ser la norma general, ya que la permisividad por parte de ellos da lugar a una posible limitación legítima de los derechos fundamentales pertenecientes a la esfera particular (intimidad, secretos profesionales, etc.), la de los funcionarios debe ser la excepción, pues la publicidad debe presidir toda la actividad pública u oficial. Por tanto, salvo en los supuestos citados anteriormente en que no se permite la publicidad de los actos o documentos a los funcionarios, en todo lo demás, la actividad excluyente de los funcionarios no tendría justificación, pudiendo dar lugar a la violación de derechos (como el de acceso a archivos y registros del artículo 105.b) CE) o la comisión de algún delito (delitos contra los derechos fundamentales, de desobediencia o denegación de auxilio judicial, etc.).

En este sentido, queremos destacar, sin ánimo de ser exhaustivos, pues no es el objeto de este trabajo, los tipos delictivos más cercanos a este ámbito con el fin de discernir cuándo un funcionario se encuentra legitimado para excluir del acceso a los ciudadanos o incluso al Poder Judicial de determinada información o documentos que obran en su poder.

En primer lugar, mencionaremos alguno más amplio que los específicamente relacionados con los secretos, como el delito de infidelidad de custodia de documentos del artículo 413 CP en lo que concierne a la ocultación de documentos cuya custodia esté asignada a un funcionario por razón de su cargo. Supone la colocación de los documentos en un ámbito de custodia distinto al que fue confiado, impidiendo su uso de manera injustificada.

¹⁴⁷ En cuanto tal obligación o deber, es comparable (aunque en este caso en el sentido justamente contrario) al exigible a los particulares en el art. 262 LECrim en cuanto a la denuncia de los delitos públicos de los que tuvieran conocimiento.

En el artículo 414.1 CP se cita el quebrantamiento de medios puestos para impedir el acceso a determinados documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso y el 415 CP que castiga al funcionario que permitiera acceder a documentos, aunque en este caso sí se hace mención a su condición de “secretos” y cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo.

Dentro de los tipos específicos vinculados al secreto de Estado, destacaremos la violación de secretos previsto en el artículo 417 CP como aquel por el que la autoridad o funcionario público revela secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados. Éste a su vez se encuentra relacionado con el delito de traición del art. 594 o de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativos a la defensa nacional de los artículos 598 y siguientes, con la salvedad que estos últimos delitos se cometería por cualquier ciudadano y no específicamente por funcionarios, teniendo como elemento común la acción de revelar secretos o informaciones que no deban ser divulgados.

En relación con el delito de la violación de secretos, se hace inevitable volver a mencionar el artículo 417.2 LECrim que ya fue objeto de alusión en cuanto al secreto de los profesionales para poner de manifiesto la encrucijada en la que se podía ver involucrado un funcionario ante la solicitud Judicial de determinada información sobre la que tuviesen obligación de guardar secreto y el deber existente de prestar auxilio a la administración de justicia en función de los artículos 118 CE y 17.1 LOPJ. Se trataría de la misma cuestión ya vista respecto a periodistas y profesionales de la información para los que se planteaba la posible justificación de difusión de información clasificada o la vulneración del secreto profesional cuando dicha información escondía la comisión de actividades delictivas. Por tanto, y en lo que aquí interesa ahora, ¿estaría un funcionario obligado a prestar la información reservada ante la solicitud de un Juez?, ¿qué primaría el deber de secreto o la colaboración con la justicia?, ¿cometería el funcionario que deniega la información un delito de denegación de auxilio a la justicia contemplado en el artículo 412 CP? Consideramos que son estas cuestiones cruciales dentro del presente estudio pues no dejan de ser una de las razones de ser del mismo.

El mencionado artículo 417.2 LECrim exime en principio a los funcionarios de la obligación de declarar como testigo cuando no pudieran hacerlo sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar y en aquellos casos en que no fuesen autorizados por su superior jerárquico. Para MUÑOZ CONDE, es claro que respecto a la autorización, se trata simplemente de un requisito formal o garantía procedimental para preservar el principio de jerarquía dentro del funcionamiento de la Administración. En cuanto a los

secretos que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, el citado profesor alude a que así se contempló por tratarse la LECrim de una norma anterior a la LSO, pretendiéndose abarcar lo que hoy se conoce como materias reservadas. No obstante, y una vez en vigor la LSO, entiende que deja de tener sentido y que, salvo para los casos en que se trate de una materia reservada, “en un Estado democrático de Derecho el funcionario debe suministrar la información sobre personas o hechos que conozca y le solicite un Juez o tribunal en el curso de la sustanciación de un proceso penal”. Queda por tanto sin solucionar qué ocurriría en los casos en que se tratase de una materia reservada¹⁴⁸.

Algunos autores tratan de dar alguna pista sobre el asunto. Así, destacan que para que se produzca el delito de denegación de auxilio es necesaria la idoneidad del sujeto pasivo para prestar el auxilio, la necesidad de que el Juez justifique motivadamente la vinculación de los requerido con el objeto del sumario, su esencialidad en el desarrollo del proceso así como la garantía del hermetismo de declaraciones y documentos a través del secreto de sumario *ad intra* (extendiendo el secreto hacia las partes ex artículo 302 LECrim)¹⁴⁹ y *ad extra* (hacia la opinión pública ex artículo 301 LECrim)¹⁵⁰. De otra parte, mantienen

¹⁴⁸ MÚÑOZ CONDE, F.: *Op. cit.*, p.971, así parece confirmarlo el propio autor al comentar la Sentencia de 15 de diciembre de 1995 del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales y afirmar que estos casos de conflicto entre Gobierno y Poder Judicial (en el caso, entre Ministerio de Defensa y juez de lo penal) suponen que “debe solicitarse del Consejo de Ministros la revelación de datos que afecte a la seguridad y defensa del Estado y que, por tanto, sea materia legalmente clasificada de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales, pero no que el juez, una vez cumplido ese trámite, no pueda investigar dichos hechos. El problema se planteará, de todos modos, si el Consejo de Ministros acuerda no suministrar los datos requeridos invocando la Ley de Secretos Oficiales”. Parece pues que en este caso, el citado autor opta por la teoría de la necesidad de previa desclasificación de los documentos clasificados para que éstos puedan ponerse en manos del Poder Judicial. Más adelante, veremos como existen otras posturas doctrinales que postulan la innecesariedad de dicha desclasificación previa (por todas, LOZANO CUTANDA), especialmente cuando la clasificación fue realizada de manera injustificada.

¹⁴⁹ Lo que veremos más adelante como una posible causa de exclusión de la vulneración del carácter contradictorio del procedimiento al no facilitarse a las partes la información a la que ha tenido acceso el juez.

¹⁵⁰ MORALES GARCÍA, O.: “Secretos oficiales y conflicto de competencias. Breves reflexiones en torno a la Sentencia de Conflictos jurisdiccionales, de 14 de diciembre de 1995”. Cuadernos Jurídicos, nº 40. Este autor afirma también que se debería introducir una excepción a la exención de la obligación de declarar de los funcionarios cuando, “del conjunto indiciario recogido en el sumario, se desprendan motivos suficientes para albergar en el instructor dudas razonables sobre la ilicitud del secreto

que la eximente a los funcionarios no sería de aplicación y para ello invoca el Auto de 20 de febrero de 1995 en relación con los fondos reservados, que según su criterio “viene a corroborar en buena medida la tesis sobre la ilegitimidad de la negativa a declarar en juicio bajo el amparo del artículo 417.2 LECrim, so pretexto de que con ello se incurriría en un delito de revelación de secretos”. Además, se argumenta que en estos casos no es invocable el secreto profesional, solamente esgrimible a favor de los profesionales particulares, pues, como ya hemos visto, responden a razones diferentes¹⁵¹.

Personalmente estimamos que no se puede dar una regla general *a priori*. Será necesario pues ponderar las circunstancias de cada caso y decidir en consecuencia. De una parte, la información debe ser *relevante y necesaria* para el juicio que se esté desarrollando en el juzgado que solicite la información. Además, deberá remitirse al funcionario o al Ministerio una “exposición razonada” explicando el porqué de la solicitud, dando éstos últimos traslado al Consejo de Ministros, que decidirá en última instancia.

Asimismo, estimamos que la declaración de un funcionario como testigo no supone en puridad la revelación de secretos en cuanto a la exposición o facilitación de documentos clasificados, que se correspondería realmente con la apertura del procedimiento a una prueba documental. La declaración se limita a las manifestaciones verbales u orales del funcionario acerca de la forma en que se adoptaron las decisiones, la confirmación de hechos o datos o la revelación de fuentes (excluidos en el secreto profesional) pero no de la facilitación de documentos. Sería posible, por tanto, la citada declaración como testigo, siempre y cuando ello no supusiera la facilitación de material clasificado. Además, el citado Auto de la sala 2ª del Tribunal Supremo, de 20 de febrero de 1995 (que supone el inicio de una serie de sentencias favorables a suprimir las llamadas “inmunidades del poder”) precisa, en una distinción interesante en cuanto a la condición en que un funcionario se persona en el Juzgado, que “revelar a la autoridad judicial que investiga la posible comisión de un delito, el uso concreto de los fondos reservados no integra delito alguno y es una obligación del *funcionario no implicado*, que no puede ampararse en el art. 417.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En cambio, para el *funcionario imputado* constituye una facultad de la que puede hacer uso como derecho

o sobre su virtualidad como instrumento esencial de defensa del imputado o fundamento de su acusación”.

¹⁵¹ REBOLLO VARGAS, R.: “Los límites del secreto de Estado. Sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, de 14 de diciembre de 1995”. Cuadernos Jurídicos, núm. 40.

fundamental a no declarar en su contra que establece el art. 24 de la Constitución”.

Por último, destacar también como un factor relevante a ponderar, el hecho de que los documentos hubiesen sufrido una previa filtración siendo de conocimiento público o notorio en el momento en que se solicite la comparecencia del funcionario como testigo. En este caso, entendemos que tampoco justificaría la oposición del funcionario a declarar amparado en el secreto formal de la información, pues ya es de conocimiento general, si bien, y tal como bien afirma cierto sector de la doctrina, también es cierto que “la más elemental de las prudencia exigiría al Ejecutivo.....guardar silencio para no descubrir si lo publicado se ajusta a lo realmente clasificado”¹⁵². Podría pues funcionar como una especie de “eximente”, al igual que en los casos en que, como vimos para los profesionales de carácter particular, la declaración o publicidad se producía por error invencible dado que se desconocía previamente la clasificación formal de la información¹⁵³.

c) El derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE: El presente artículo, entre otros aspectos, proscribe la indefensión de los particulares. ¿Qué relación guarda entonces el secreto de Estado con la indefensión? Sencillamente la que se establece por la imposibilidad que puede sufrir el ciudadano-demandante con un interés legítimo en un juicio al no poder utilizar como medios de prueba documentos clasificados que puedan ser concluyentes en cuanto a la estimación de sus pretensiones. Además, se podrían ver vulnerados el derecho a la prueba, el de un proceso público con todas las garantías, así como el deber de colaborar con la justicia del artículo 118 CE.

Desde este punto de partida, pensamos que los principales problemas que plantea este derecho pasan por las siguientes cuestiones:

En primer lugar, el hecho de que la denegación por parte del Gobierno de la información solicitada por un tribunal de justicia (bien de orden contencioso o penal) impida la defensa de determinados derechos fundamentales o la persecución de determinados delitos “gubernamentales” por parte de sus titulares o de las víctimas de esos delitos respectivamente, dando lugar a la indefensión que proscribe el citado artículo de la Constitución. Ciertamente sector doctrinal argumentó¹⁵⁴

¹⁵² MORALES GARCÍA, O.: *Op. Cit.* p. 52.

¹⁵³ Lo cual se trata de evitar a toda costa mediante la previsión ya citada del art. 9.2 LSO que establece que “cuando una materia clasificada permita prever que pueda llegar a conocimiento de los medios de información, se notificará a éstos la calificación de secreto o reservado”.

¹⁵⁴ RUBIO LLORENTE, F.: “Ídolos judiciales”, Diario “El País”, de 30 de marzo de 1997.

respecto a la prueba dentro del proceso penal en curso y su trascendencia en cuanto a la vulneración de las garantías del artículo 24 CE, que con independencia del valor probatorio que tengan los documentos solicitados, lo que determina realmente la vulneración de las garantías del artículo 24 es la falta de aportación de pruebas *de descargo* por los inculpadados, no produciéndose así respecto de la falta de aportación de la pruebas *inculpatórias* por la parte acusadora.

Contra esta concepción del derecho a la tutela se pronunciaron distintas Sentencias del Tribunal Constitucional como la 89/1997, de 1 de julio, la 41/1997, de 10 de marzo, la 31/1996, de 27 de febrero o la 199/1996, de 3 de diciembre. En ellas se dejaba claro que el derecho a la tutela Judicial efectiva protege también a los querellantes frente a quienes consideran responsables de la comisión de un delito en su perjuicio y que a los mismos asiste un derecho de acción penal que aunque no alcanza a constituirse en un derecho fundamental a obtener la condena penal de otra persona o de imposición de un castigo, sí supone sin embargo un auténtico derecho a la jurisdicción que ha de enjuiciarse desde la perspectiva del artículo 24.1 CE y al que son aplicables las garantías del artículo 24.2 CE.

De sobra pacífica es la cuestión de que en estos supuestos la indefensión puede producirse tanto para la parte demandada o pasiva de un proceso como para la demandante o activa del mismo. Así lo dejó sentado el magistrado XIOL RÍOS en el FJ. Octavo de su voto particular a la STS. de 4 de abril de 1997 al declarar que,

“Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional -como es obligado destacar en segundo lugar- afirman que el derecho a la tutela judicial, en su modalidad al uso de los medios de prueba pertinentes en su defensa, y en contra de lo que una de las posibles interpretaciones literales que esta frase pudiera sugerir, abarca a las partes acusadoras. Según el Tribunal Constitucional, «el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes en su defensa [...] **no protege sólo a quienes son objeto de una acción penal en su contra, sino [...] también a quienes mediante la querella intentan la acción penal frente a los que reputan responsables de actos delictivos en su perjuicio**» (STC 89/1986 [RTC 1986\89])”.

En segundo término, tampoco es desdeñable la problemática que plantea la hipotética cesión gubernamental de la documentación clasificada al Juez que conoce la causa, pues éste tendría la obligación formal de poner en conocimiento de las partes litigantes interesadas la citada documentación ya que, de otra forma, se atentaría contra el principio contradictorio que debe presidir todo procedimiento, la garantía de publicidad del proceso prevista en el artículo 120 CE, además de convertirse el propio órgano judicial en Juez y parte en un mismo proceso, y ello, dejando a un lado las excepciones que prevén las Leyes de procedimiento en cuanto a la posibilidad de determinar el

secreto de sumario previsto en los artículos 301 LECrim¹⁵⁵ (frente al público en general) y 302 LECrim¹⁵⁶ (frente a las partes en el proceso penal) y de la circunstancia puesta de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional en cuanto que impedir al justiciable el conocer e intervenir en la práctica de las pruebas sumariales, puede entrañar una vulneración del derecho de defensa pero en nada afecta al derecho a un proceso público que al propio justiciable garantiza la Constitución (STC. 176/1988).

La cuestión del carácter contradictorio del proceso ya se planteó en la STS. de 4 de abril de 1997, en cuyo FJ. Décimo se dice que,

“Respecto al resto de la documentación, sin perjuicio de acometer su estudio haciendo las agrupaciones y matizaciones pertinentes a cada caso, no podemos, sin embargo, dejar de considerar algunos criterios generales sobre los motivos concretos que, aparte de la mención genérica de la seguridad del Estado, se contienen en la Resolución del Consejo de Ministros de 2 agosto 1996 y que prácticamente se reducen a los expresados en segundo y tercer lugar, pues el cuarto, que alude **al peligro de la publicidad originada por la incorporación a un proceso penal, sería una consecuencia inherente a que se declare la procedencia de la desclasificación, no un motivo para no decretarla...**”.

Según las palabras de la sentencia, parece concluirse que la desclasificación no se puede dejar de producir por el mero hecho de que ello de lugar a su posible incorporación a un proceso penal, que puede ser una de sus posibles consecuencias una vez dictaminada aquélla. Se prima así la tutela judicial efectiva sobre el secreto, pues no se admite como causa del mantenimiento del mismo el hecho de que aquello que se encubre sea objeto de incorporación a un proceso judicial en el que seguramente estén en juego derechos fundamentales. De esta manera, la seguridad del Estado puede justificar el secreto pero de ningún modo el

¹⁵⁵ “Las diligencias del sumario serán *secretas* hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley. El Abogado o Procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el secreto del sumario, será corregido con multa de.....En la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta. El funcionario público, en el caso de los párrafos anteriores, incurrirá en la responsabilidad que el Código Penal señale en su lugar respectivo”.

¹⁵⁶ “Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, si el delito fuere público, podrá el Juez de instrucción, a propuesta del Ministerio fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, *declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas*, por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario”.

temor de que el material se incorpore a un proceso judicial con su correspondiente publicidad, aunque “solo” sea dentro del procedimiento¹⁵⁷.

Parece de cualquier modo que nos encontramos en un callejón sin salida en el que tanto con la denegación gubernamental de la información clasificada como con la cesión de la misma, se estaría vulnerando el derecho tutelado en el artículo 24 de la Constitución, bien por el Consejo de Ministros o bien por el Juez instructor. Así, en el primer caso, por impedir la plenitud de la defensa de una de las partes en un juicio cuando su uso tenga relevancia constitucional y en el segundo ante una hipotética denegación del Juez de suministrar a las partes la documentación concedida aduciendo su carácter reservado.

Además, invocar como solución el posible control del Tribunal Constitucional (recurso de amparo) o del Parlamento supone reconocer la reparación de la posible vulneración de este derecho, no pudiendo así resolver sobre cuestiones de legalidad ordinaria o penal. Respecto al Tribunal de Conflictos jurisdiccionales contemplado en la Ley 2/1987, de 18 de mayo, ocurre también que lo único que puede resolver es sobre la competencia de la Administración o los Tribunales sobre un determinado asunto pero no sobre cuestiones de legalidad ordinaria o

¹⁵⁷ Ya veremos más adelante que son los propios arts. 14 LSO y 35 RSO los que permiten el acceso a los interesados en un procedimiento administrativo al material clasificado para respetar sus derechos de audiencia, alegaciones o notificaciones propias del principio contradictorio que debe presidir el mismo, por lo que, *mutatis mutandi*, consideramos que si ello se reconoce expresamente en un procedimiento administrativo, mucho mayor debe ser el reconocimiento dentro de un procedimiento judicial (no digamos ya si se trata de una causa penal donde las garantías deben ser máximas). Y todo ello, con independencia de las sanciones que, en su caso, se impusieran a los interesados en caso de que se viole el secreto con su divulgación. Ello supondría reconocer implícitamente que el conocimiento del material clasificado por los interesados en un procedimiento (administrativo o judicial) no tiene porqué conllevar, en principio, su divulgación. De otro lado, resulta llamativo que el régimen de los artículos citados del RSO se muestran contradictorios y paradójicamente más garantistas con los derechos de los ciudadanos que la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común cuyo artículo 84.1 al regular el derecho de audiencia dispone que “Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5”, siendo el último artículo el que incluye en su apartado b) entre las materias excluidas “los que contengan información sobre la Defensa nacional o la Seguridad del Estado”.

penal como pueden ser las relativas al desarrollo del proceso instructor, entre los que se encuentran la aportación o no de documentos como prueba dentro del mismo.

Parece así, que se hace imprescindible de nuevo la realización de un juicio de ponderación entre la seguridad del Estado y el secreto amparados en los arts. 24.2, 30, 97, 102.2 y 105.b) CE y la tutela judicial efectiva reconocida sobradamente en el art. 24.1 CE, así como la proscripción de la indefensión en el apartado segundo del citado artículo, además de la exigencia del sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en el art. 9 CE para evitar cualquier arbitrariedad de los mismos en el ejercicio del poder. Ahora bien, ¿en qué consiste ese juicio? Y, por otra parte, ¿quién sería el órgano competente para realizarlo? A estas preguntas parece referirse la STS. de 4 de abril de 1997, en su FJ. Séptimo, cuando de un lado reconoce el enfrentamiento entre estos dos ámbitos y que su actuación debe moverse en la,

“de ponderación y compaginación de intereses constitucionales que en apariencia se revelan como de difícil conciliación, es importante destacarlo, porque en principio podría aceptarse que el Ejecutivo hubiera entendido que **no estaba jurídicamente obligado a admitir la tesis de que la documentación interesada constituyese elemento probatorio determinante** de una actividad delictiva preparada o desarrollada desde instancias públicas, puesto que tanto al clasificarla como al negarse a desclasificarla, pudiera haber partido de la convicción de que realmente no había acontecido la responsabilidad penal en los términos que intenta esclarecer el Juez Instructor, por lo que **en esta hipótesis y juzgando en exclusiva desde la perspectiva de proteger la seguridad del Estado, su resolución sería acorde a Derecho. Pero es precisamente el otro elemento constitucional a valorar -el derecho a la tutela judicial efectiva** de los acusadores particulares perjudicados por los delitos, entendido en este caso como derecho a la aportación al proceso penal de los medios probatorios pertinentes- el que abre la brecha para que el en apariencia ajustado a derecho criterio del Gobierno de no desclasificar los documentos, sea sometido **a revisión judicial en cuanto a su compatibilidad con el mencionado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cualquiera que haya sido la convicción del Gobierno sobre la realidad material a que aquéllos aluden o acerca de su repercusión actual sobre la seguridad del Estado”**.

De otro lado, se distingue entre un juicio de relevancia constitucional de la prueba y el juicio de pertinencia de la prueba en el proceso. El magistrado SIEIRA MIGUEZ en el FJ. Segundo de su voto particular a la STS. de 4 de abril de 1997 recuerda que,

“Lo anterior, pone de manifiesto, no podía ser de otra manera, que el Juez de amparo, es decir, el que realiza el juicio de constitucionalidad sobre la decisión impugnada, debe analizar la relevancia que la omisión de un determinado medio de prueba pueda tener en la resolución definitiva del asunto, ello es así porque si bien dentro de las garantías procesales del derecho a la prueba es criterio unánime que el juicio de pertinencia es de competencia exclusiva del Juez Ordinario, quien ha de pronunciarse en juicio de legalidad sobre la pertinencia de la misma, es en el **juicio de constitucionalidad** donde ha de analizarse la relevancia de un medio de prueba para alterar el sentido definitivo del fallo, y no olvidemos que el procedimiento de la Ley 62/1978 en que nos encontramos tiene como única finalidad obtener, en sede jurisdiccional ordinaria, el amparo frente a presuntas violaciones de Derechos Fundamentales, mediante un exclusivo juicio de constitucionalidad en el que ha de

analizarse la relevancia que la omisión de un medio de prueba pueda tener en la resolución del litigio en que aquélla se produce; así el Tribunal Constitucional ha afirmado en S. 116/1983 que **el juicio de pertinencia es de exclusiva competencia del Juez ordinario, «...analizándose en sede constitucional la relevancia que la omisión de un medio de prueba pueda tener en la resolución definitiva del asunto».**

Por su parte, el magistrado LEDESMA BARTRET, en el FJ. Octavo de su voto particular a la mencionada sentencia, confirma la anterior postura al afirmar que,

“a efectos penales, de la capacidad probatoria de los documentos desclasificados corresponde al Juez penal. En cambio, en tanto permanezcan clasificados, **el Juez contencioso-administrativo** puede y debe hacer una valoración de esos documentos a los efectos del proceso que ante el mismo se tramita, es decir, a los efectos de **apreciar si la no aportación al proceso penal de tales documentos** -lo que ocurriría en caso de que no fueran desclasificados- **podría producir lesión en el derecho fundamental a la prueba** pertinente. Pues no se olvide que es el Juez de lo contencioso-administrativo a quien nuestro ordenamiento jurídico hace garante, a través del proceso regulado en la Ley 62/1978, de tal derecho fundamental, lo que le implica irrenunciablemente en esa valoración, de la que en ninguna forma puede ser desposeído, transfiriéndola al Juez penal que expone al Gobierno la procedencia de la desclasificación. Las características o condiciones que concurren en esos documentos -entre ellas, las que eventualmente deterioren su relevancia como medios de prueba- deben ser también apreciadas por el Juez contencioso-administrativo, cuyo criterio, en el ámbito de su competencia de protección contencioso-administrativa de los derechos fundamentales, **es independiente y puede ser distinto del expresado en dicha exposición por el Juez penal.** La jurisdicción del Juez contencioso-administrativo, en el ámbito del proceso a que se refieren estos autos, es tan plena (arts. 106.1 y 117.3 CE y arts. 4 y 8 LOPJ) como pueda serlo la del Juez penal en ese orden jurisdiccional. Y por ser plena, ningún aspecto que haga referencia a los documentos cuya no aportación al proceso penal pueda causar lesión al derecho previsto en el art. 24.2 de la CE, debe escapar a su examen y valoración. En otras palabras, no basta que el Juez penal afirme la necesidad de un determinado documento para que el Juez contencioso-administrativo deduzca sin más, sin llevar a cabo ninguna valoración autónoma, que la no aportación, cuando ello dependa de la Administración, en este caso del Consejo de Ministros, produzca lesión en tan repetido derecho fundamental”.

Siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales en su Sentencia de 14 de diciembre de 1995 en el caso de los papeles el CESID, así como la Providencia del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 1996 recaída en el recurso de amparo interpuesto por la acción popular contra la primera sentencia, se pone de manifiesto una postura completamente favorable a la preponderancia de la seguridad del Estado frente a la tutela judicial efectiva y afirma que la denegación de la información solicitada judicialmente no supone una limitación del derecho a la tutela Judicial efectiva ni la infracción del deber de colaborar con la justicia, sino únicamente “modular restrictivamente la utilización de determinados medios probatorios” en cuanto dicha modulación responde al objeto de “tutelar otros bienes o valores que el ordenamiento quiere proteger”. Sin embargo, la STS. de 4 de abril de 1997, en relación con el mismo caso, se pronuncia en un sentido completamente contrario pues concluye, como ya hemos visto, otorgando mayor importancia al derecho a la tutela judicial efectiva que a la seguridad del Estado o al menos permitiendo que la decisión del Gobierno en cuanto a la no desclasificación de documentos se someta a

revisión judicial “en cuanto a su compatibilidad con el mencionado derecho fundamental..., *cualquiera que haya sido la convicción del Gobierno sobre la realidad material a que aquéllos aluden o acerca de su repercusión actual sobre la seguridad del Estado*”.

El Anteproyecto de Ley de Secretos Oficiales de 1996, reconoce por su parte al Gobierno como único órgano competente para conceder o denegar la solicitud de información hecha por los Jueces, motivando su decisión y ponderando los intereses generales protegidos por el secreto por un lado y el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas por otro y previendo la posibilidad de proceder a la desclasificación parcial de la información clasificada.

Prácticamente igual se manifestó el Proyecto de Ley Orgánica de Secretos de Estado de 1997, si bien este último con una novedad que consideramos de suma trascendencia para la defensa de la postura que se desea sostener en estas páginas. No es otra que la previsión en los artículos 7 y 8 del control judicial sobre una posible denegación de la información por parte del Gobierno. Se permite de esta manera que a instancia de las partes personadas en el proceso del que traiga causa la solicitud, el Pleno de la Sala contencioso-administrativo del Tribunal Supremo revise la decisión del Consejo de Ministros, confirmando o rectificando su decisión y sin que su sentencia sea susceptible de recurso salvo en amparo ante el Tribunal Constitucional, añadiendo además que “en caso de acordarse el examen en fase de prueba de documentos clasificados, éste solo podrá efectuarse por los Magistrados de la Sala”.

Parece pues, que esta última regulación resulta más favorable a un control judicial de las decisiones del Consejo de Ministros y que rebaja la preponderancia que la sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales y el Anteproyecto de 1996 otorgaba a la seguridad del Estado frente a la tutela judicial efectiva, además de impedir que sea el Consejo de Ministros el que decida definitivamente y *de facto* sobre la relevancia y pertinencia de las pruebas, pues su negativa a la desclasificación hace que las mismas finalmente no sean practicadas. Es con esta línea con la que nos mostramos más de acuerdo junto con otros autores¹⁵⁸, que rechazan de plano la posibilidad de que sea el Consejo de

¹⁵⁸ SÁNCHEZ FERRO, S.: *Op. Cit.*, p. 429. La autora afirma que “la exclusión de una prueba en el proceso declarada *pertinente y relevante* puede suponer, en ocasiones, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la defensa o la acusación y que ese sacrificio del derecho a la tutela Judicial efectiva no puede venir de una decisión del Ejecutivo que permanezca infiscalizada en cualquier caso, porque entonces la práctica de la prueba podría terminar por depender del capricho del Gobierno”. Asimismo, postula, estableciendo un interesante paralelismo entre el secreto de Estado y secreto de sumario, que “sería deseable que en este campo se llegara a una solución parecida a la que se ha llegado en relación con el secreto de

Ministros el que de forma definitiva determine la exclusión absoluta del acceso a una información por el mero hecho de clasificarla, siendo necesario adoptar una línea más flexible que permita cierto control previo de la decisión para después obrar en consecuencia. Quizás esta línea intermedia se insinuó con la solución aportada por el Proyecto de Ley Orgánica de 1997 que establecía una especie de “pieza separada” o cuestión incidental en la que se dilucidaba judicialmente, en aras a la protección del valor constitucional del “interés de la justicia”, sobre si la negativa del Consejo de Ministros a facilitar la información respondía verdaderamente a la finalidad de proteger la seguridad del Estado o eran otros los fines perseguidos por aquél. Utilizando los criterios que se establecen en la STC. 176/1988, de 4 de octubre respecto a los secretos de sumario, entendemos que éstos (razonabilidad, necesidad, finalidad y temporalidad) serían los extremos a controlar judicialmente por ser perfectamente extrapolables *mutatis mutandi* al secreto de Estado por lo que éste,

“requiere como condición esencial, que el secreto.....venga objetivamente y **razonablemente** justificado en circunstancias evidenciadoras de que la medida **resulta imprescindible** para asegurar la protección del valor constitucional de la justicia, coordinándolo con el derecho de defensa de las partes de tal forma que, una vez **cumplido el fin**, se alce el secreto...”.

Pero al mismo tiempo, el Juez deberá ponderar, de otra parte y en relación con la salvaguarda de la seguridad del Estado, sobre si las

sumario, en donde el derecho de defensa sufre, efectivamente, una modulación pero no una *eliminación total*, que es lo que sucede si se aplican las teorías manejadas por nuestro Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.....sobre el secreto de Estado y el derecho de prueba”. Para LOZANO CUTANDA, B. en “La desclasificación de los secretos de Estado”, Ed. Cívitas, 1988, Pp. 144 a 146, la exclusión absoluta del control judicial provocaría la creación de una zona de inmunidad del Poder Ejecutivo incompatible con el Estado de Derecho y a los derechos de tutela Judicial efectiva del artículo 24 CE y 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos, cuyo presupuesto es un sistema de plenitud jurisdiccional. Dejar en manos del Ejecutivo la última decisión sobre la clasificación o no de una materia y vedarlo de todo control jurisdiccional representaría una presunción iuris et de iure de que lo clasificado está siempre bien clasificado. Y destaca que la violación del artículo 24 CE no solo se produciría “por la imposibilidad de aportar determinados documentos probatorios cuando éstos han sido previamente clasificados como secretos, sino que tiene también otra manifestación, no menos grave, en el enjuiciamiento de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional”. El desapoderamiento del juez penal lo considera aún más grave que la sustracción del elemento probatorio pues la interpretación de uno de los requisitos del tipo queda en manos del Poder Ejecutivo lo que provoca la violación del artículo 24 CE en lo tocante al derecho a un juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías y entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador.

pruebas relacionadas con las materias clasificadas son *determinantes* y sobre el hecho de que existan otros medios de prueba suficientes que permitan no sacrificar el secreto de las materias clasificadas¹⁵⁹, o lo que es lo mismo, si la negativa de suministrar la información tiene *relevancia constitucional*, además de revisar si la prueba ha sido declarada *pertinente y relevante* por el Juez en el proceso del que trae causa la solicitud de la información. Como afirma la STC. 51/1985, “se puede sostener un amparo frente a la negativa de la prueba, cuando ésta haya provocado indefensión, porque la falta de realización de la prueba por su relación con los hechos pudo alterar la sentencia a favor del recurrente”. De esta manera, el carácter imprescindible de la prueba vendrá dada por el hecho de que su consideración suponga un cambio determinante en el resultado de la sentencia, aportando elementos de juicio trascendentes y novedosos que supongan un giro esencial en el caso.

No podemos olvidar que la denegación de cualquier prueba no supone de manera automática e inmediata la indefensión de la parte solicitante, pues éstas deben estar relacionadas con el proceso y encaminadas al conocimiento de los hechos y que ello *debe ser valorado por el Juez* libre y razonablemente (STC. 36/1983). Es necesario, por tanto, que el Juez realice un “juicio de pertinencia”. Según un sector doctrinal¹⁶⁰, este juicio *le corresponde al órgano judicial* el cual dispone para ello de “un amplio poder de valoración” (STC. 51/1985) y de una “libertad razonable”.

Por otra parte, existe otro factor de trascendental importancia. Fruto de esa valoración del Juez, éste deberá admitir o denegar la celebración de la prueba de manera *motivada*. En este punto cabría preguntarse si sería suficiente que el Juez inadmitiera la prueba aludiendo simplemente al hecho de que la documentación solicitada se encuentra clasificada y que por disposición de una Ley (la de Secretos Oficiales), no se puede acceder a ella si no es con la previa desclasificación del Consejo de Ministros. A nosotros nos parece a todas luces que no sería suficiente por la sencilla razón de que el propio artículo 24 CE no prevé como límite expreso del derecho a la tutela

¹⁵⁹ El voto particular del juez SALA SÁNCHEZ a la STS. de 4 de abril de 1997 afirma que “en el caso de que los documentos constituyan de manera *directa* elementos probatorios de graves delitos y sean *difíciles de sustituir* para la investigación penal, el valor implícito en la protección de la seguridad del Estado, en aras del principio de proporcionalidad, debe sacrificarse ante el derecho a la tutela judicial efectiva. En el caso de que los documentos no constituyan prueba directa de hechos gravemente delictivos, o aún siéndolos, sean fácilmente sustituibles por otros medios probatorios, el valor ínsito en la seguridad del Estado debe prevalecer”.

¹⁶⁰ PÉREZ ROYO, J.: “Curso de derecho constitucional”, Ed. Marcial Pons, 2003, p. 514.

judicial efectiva los previstos por la Ley ni tampoco los secretos de Estado ni la seguridad del Estado o la defensa nacional, tal y como sí ocurre, por ejemplo, con otro tipo de secretos como los de sumario, el profesional, el derecho a no confesarse culpable o el de declarar sobre hechos presuntamente delictivos por razón de parentesco como restricciones al procedimiento probatorio.

En cuanto a la parte del control judicial dirigida a discernir si la clasificación responde a razones de seguridad del Estado, ya veíamos que resulta imprescindible puesto que es el que determina la posible ilegalidad (del *elemento objetivo* o “constitucional”) de una clasificación y que, una vez superado ese primer filtro, resultaba cuanto menos discutible y una cuestión no pacífica doctrinalmente el hecho de que la ilegalidad del *objeto* del secreto determinase o no a su vez la ilegalidad (en este caso “penal” o bien en otros sectores del derecho) de la citada clasificación. Así, algunos autores¹⁶¹ defienden que, en sentido estricto, la ilegalidad del secreto de Estado no viene determinado por la ilegalidad del objeto del secreto, de la acción que éste encubre, sino porque no responda a razones de seguridad del Estado o defensa nacional. Por tanto, y como ya vimos al inicio del presente capítulo, el enfrentamiento de bienes y derechos no se produciría entre la seguridad del Estado y el derecho fundamental afectado por la acción estatal o los Servicios de Inteligencia (intimidad, vida, etc.), sino entre aquélla y el derecho a la información que es el que se cercena en primera instancia para encubrir los actos que se han realizado al albur de la mentada seguridad. Esta interpretación chocaría de plano, por ejemplo, con la jurisprudencia mantenida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de abril de 1997, al ponderar los bienes y derechos en juego atendiendo al objeto del secreto (en el caso concreto, el de la seguridad del Estado con el derecho a la vida al que precisamente acabó por dar preponderancia). Es con esta última interpretación con la que nos quedamos, pues es evidente que no se puede controlar lo que no se conoce, de manera que es obvia la vulneración del derecho fundamental a la libertad de recibir información, pero no lo es menos que como consecuencia de la misma se da lugar, aunque de manera mediata o indirecta, a la violación de otros derechos como consecuencia de su no persecución o investigación a raíz de su falta de conocimiento. De hecho, ya se ha dicho, que aunque fuese desde un punto de vista estrictamente formal, la falta de conocimiento o información sobre una actuación delictiva no suponía la impunidad para aquellos que la

¹⁶¹ SEGRELLES DE ARENZA, I.: *Op. cit.* p.432. No obstante, el autor entiende que el ilícito cometido no sería justificable o inmune por el secreto, sino que simplemente escaparía del conocimiento general. Sin embargo, pensamos que el desconocimiento lleva inevitablemente a la impunidad, por lo que de una manera formal es defendible la postura del citado autor, pero materialmente es una postura que no deja de presentar fisuras.

cometen, por lo que esos delitos y los derechos posiblemente vulnerados siguen por tanto existiendo, además de los posiblemente cometidos en relación con el derecho a la información.

Si antes decíamos que el secreto de Estado puede no ser ilícito por el objeto del mismo sino por la intención que guarda, es decir, no porque aquello que oculte sea ilícito, sino porque no responda a un peligro cierto e inminente para la citada seguridad, cabe pensar que lo lógico es permitir el control judicial de la finalidad de la acción clasificatoria del Gobierno. Así, cierto sector de la doctrina¹⁶², en comentario a la STS. de 12 de marzo de 1992, postula que esta sentencia permite defender la posibilidad de un control judicial no tanto del objeto del secreto- que ya hemos visto que para algunos autores no determina la ilegalidad del mismo-sino, y lo que es más importante, su *finalidad*, pues lo que queda completamente descartado es su uso para fines ajenos a la Constitución.

Asimismo, ese mismo sector doctrinal postula, en cualquier caso, la insuficiencia de la fórmula al “no entrar a valorar ninguna otra cuestión ni, mucho menos cuestionar la legitimidad y oponibilidad de tales secretos cuando el objeto de los mismos...era ilícito”, pues, según esa doctrina, la ilegalidad del secreto puede venir determinada también por el objeto del secreto¹⁶³. Nos mostramos en este sentido partidarios de esta postura doctrinal por la que la ilegalidad de un secreto de Estado puede venir tanto de la *finalidad* del mismo como del *objeto* que pretenda encubrir, pues de lo contrario, sería como otorgar carta blanca al Estado para delinquir a través del mecanismo de los secretos. Dicho de otra forma, aunque el secreto apareciese justificado formalmente por la seguridad del Estado o la defensa nacional (secreto con elemento objetivo lícito), no sería admisible desde un punto de vista material en el encubrimiento de actuaciones delictivas con esa finalidad (secreto con

¹⁶² REBOLLO VARGAS, R.: *Op. Cit.*

¹⁶³ Algunos autores mantienen que el Estado no puede delinquir y, por tanto, la revelación de un secreto que encubre un delito no es un delito, justificando así toda revelación de secretos que pongan de manifiesto el objeto delictivo de los mismos a modo de eximente de cualquier tipo de responsabilidad. No obstante, ya vimos que en nuestro sistema penal ello no era así exactamente, pues podía darse el caso de un concurso de delitos entre los cometidos por el Estado que son objeto de difusión y los cometidos por aquellas personas, y especialmente los funcionarios, que dan difusión a materias clasificadas que encubren actividades delictivas. En esta tesitura, veíamos que era necesario una ponderación de las circunstancias y de los bienes jurídicos en juego para dar preferencia a unos u otros y en cualquier caso, lo que sí admitiríamos es que, más que como eximente de responsabilidad o causa de inmunidad, se considerase como atenuante el hecho de desvelar materias clasificadas cuando lo que se descubre con ello son actividades delictivas cometidas por el propio Estado.

objeto ilícito), pues el secreto estaría en este caso “encubriendo” o “siendo cómplice” de determinadas actuaciones delictivas que desde un punto de vista penal serían reprobables.

De todo ello se concluye la oportunidad y necesidad de un control judicial de la clasificación o la denegación de desclasificación por parte de los órganos competentes. Otro argumento a favor del art. 24 CE no por repetido menos importante, lo encontramos en el propio art.105.b) CE, pues se podría esgrimir la circunstancia de que en el mismo se establece el límite de la seguridad del Estado o la defensa nacional pero para el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos *de los ciudadanos*, sin que exista cobertura constitucional para poder entender extendida dicha limitación a los miembros del Poder Judicial. Como ya argumentamos, es obvio que todos los Jueces son a su vez ciudadanos, pero no podemos olvidar que con una cualificación o estatuto jurídico especial, pues lógicamente no todos los ciudadanos son Jueces, por lo que estos últimos deberían tener una mención especial y expresa por el legislador en estos casos (opción que no ha sido la elegida por el constituyente de lo que deducimos que no se encuentran incluidos en la citada exclusión). Si, como ya decíamos en la introducción de la obra, con el derecho de acceso a los archivos administrativos se contempla el acceso de los ciudadanos a los documentos que constan en los archivos de las autoridades públicas (poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial), con el análisis de los secretos oficiales lo que se pretende básicamente es estudiar el acceso a la documentación que obra en poder del Ejecutivo (Gobierno y Administración) por parte de los poderes Judicial y Legislativo.

Parece pues, que con la opción del control judicial en pieza separada se solventarían los problemas planteados *a priori* al inicio de este epígrafe, pues la indefensión no se produciría en los casos en que el Juez, además del juicio de relevancia constitucional de la prueba, considerase que la clasificación responde efectivamente a razones de seguridad del Estado, siendo de todo punto imprescindible para su salvaguarda y, de otra parte, se evitaría vulnerar el carácter público y contradictorio del proceso ya que la documentación no se facilitaría al juzgado instructor que ha realizado directamente la solicitud después del correspondiente juicio de pertinencia, sino a un tercero o mediador como es el Pleno de la sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo¹⁶⁴ dentro de una especie de pieza separada y previo juicio de ponderación entre la seguridad del Estado y la tutela judicial efectiva.

¹⁶⁴ WILKINSON MORERA DE LA VALL, H.: “Secretos de Estado y Estado de derecho: Régimen jurídico de los secretos oficiales en España”, Ed. Atelier, 2007: Sobre cuál sea el órgano Judicial competente para conocer de aquellos supuestos en que no se permita por el Gobierno o la Administración el acceso a la documentación por parte de los Tribunales, la doctrina no es ni mucho menos pacífica al respecto (el propio

Por último, se puede plantear la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de una exigencia en la inversión de la carga de la prueba en aquellos casos en que exista un exceso de celo clasificatorio por parte del Gobierno sobre materias genéricas (como ocurrió con el Acuerdo de 28 de noviembre de 1986), pues los ciudadanos se verán forzados a demostrar continuamente que infinidad de asuntos, a pesar de su clasificación genérica o abstracta en categorías, no son merecedoras de la misma, especialmente en aquellos casos en que los propios ciudadanos hayan sido imputados como autores de delitos como el de revelación de secretos. Es por ello que, si desde una perspectiva de seguridad jurídica, convendría fomentar el secreto material en cuanto a la concreción normativa mediante lista tasada de aquellas materias que pueden poner en peligro efectivo y cierto la seguridad del Estado o la defensa nacional, reduciendo al máximo el esfuerzo en la interpretación jurídica de dicho conceptos jurídicos indeterminados, desde una perspectiva estrictamente judicial, podría suponer un esfuerzo añadido a los perjudicados por dicha clasificación, que se verían constreñidos a probar la “ilegalidad” clasificatoria provocada por las presunciones del legislador respecto a la peligrosidad de ciertos grupos de materias si la citada clasificación se hace de manera abstracta o genérica.

Si la regla general en el ámbito de actuación de los poderes públicos debe ser la publicidad, parece lógico e incluso exigible pues, que cualquier excepción a la misma se debe motivar y justificar por parte de aquéllos, probando a su vez que el secreto es necesario o la publicidad improcedente para la consecución de los fines de protección de la seguridad del Estado y la defensa nacional, produciéndose así, en cierta forma, la inversión de la carga de la prueba.

d) El derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del art. 23 CE: Es obvio que los primeros

tribunal solicitante de la información o de instrucción *in camera*- PECES MORATE , SANTAOLAYA y VARELA CASTRO para este último solo si el litigio es penal-; LA Sala 3ª TS-LOZANO y DÍEZ SÁNCHEZ-; la sala del TS *in camera* correspondiente a la materia sobre la que verse el litigio- DÍEZ PICAZO-; el propio TC o el Tribunal sobre Conflictos Jurisdiccionales-GOMEZ ORFANEL y SANTAOLAYA MACHETTI). Otras opciones pasan por la creación de un órgano Judicial *ad hoc* (comisión reducida del TS compuesta por 3 miembros o elegidos de entre las Salas de lo penal, de lo civil y de lo contencioso – JIMÉNEZ DE PARGA- o una Sala compuesta por 10 miembros de las diferentes Salas del TS, 2 por cada Sala siguiendo un sistema rotatorio (LÓPEZ GARRIDO). Asimismo, la creación de un órgano Judicial mixto compuesto por Jueces y Administración – SANTAOLAYA- o de una Comisión Parlamentaria de control –SÁNCHEZ MORÓN, ELÍAS DÍAZ Y DEL ÁGUILA).

perjudicados por el impedimento al acceso a la información clasificada serán los ciudadanos con carácter general. En el ámbito de este artículo supondría una limitación al derecho a su participación en los asuntos públicos como corolario del art. 9.3 CE y la vulneración consecuente que puede producirse en infinidad de otros derechos constitucionales por la falta de dicha información, especialmente en la consideración de tales ciudadanos en su condición de consumidores y usuarios de servicios públicos.

De otra parte, el art. 23.2 CE dispone que los ciudadanos tienen,

“derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes”.

De otra parte, y recogiendo la previsión del art. 37.6.f)¹⁶⁵ LRJPAC, el art. 7 RCD establece que,

*“1. Para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, los **Diputados**, previo conocimiento del respectivo Grupo parlamentario, tendrán la facultad de recabar de las Administraciones Públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de éstas.*

*2. La solicitud se dirigirá, en todo caso, por conducto de la Presidencia del Congreso y la Administración requerida **deberá facilitar** la documentación solicitada o manifestar al Presidente del Congreso, en plazo no superior a treinta días y para su más conveniente traslado al solicitante, las razones fundadas en derecho que lo impidan”.*

A su vez, el art. 20.2 RS reconoce de forma muy similar al artículo anterior que,

*“Para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, los **Senadores**, previo conocimiento del respectivo Grupo Parlamentario, tendrán la facultad de recabar de las Administraciones Públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de éstas. La solicitud se dirigirá, en todo caso, por conducto de la Presidencia del Senado y la Administración requerida **deberá facilitar** la documentación solicitada o manifestar al Presidente del Senado, en plazo no superior a treinta días y para su más conveniente traslado al solicitante, las razones fundadas en Derecho que lo impidan”.*

¹⁶⁵ “Se regirán por sus disposiciones específicas:....f) El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local”.

Por último, en cuanto a las alusiones que los mencionados artículos hacen a la legislación vigente, queremos destacar el importante art. 10.2 LSO que dispone que,

*“La declaración de materias clasificadas **no afectará** al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán **siempre** acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas”.*

, así como el artículo segundo de la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados sobre acceso por el Congreso de los Diputados a secretos oficiales, de 2 de junio de 1992, modificada por la de 11 de mayo de 2004, en el que se determina que,

*“Las **Comisiones y uno o más Grupos Parlamentarios** que comprendan, al menos, la cuarta parte de los miembros del Congreso, podrán recabar, por conducto de la Presidencia de la Cámara, que se informe a la misma sobre materias que hubieran sido declaradas clasificadas, conforme a la Ley sobre Secretos Oficiales”.*

Y en sus artículos tercero y cuarto disponen respectivamente que,

*“Si la materia en cuestión hubiera sido clasificada en la categoría de secreto, el Gobierno **facilitará** la información recabada a un Diputado por cada Grupo Parlamentario de los constituidos, de conformidad con lo previsto en el artículo 23.1 del Reglamento de la Cámara.....”.*

*“Si la materia en cuestión hubiera sido clasificada en la categoría de reservado, el Gobierno **facilitará** la información a los portavoces de los Grupos Parlamentarios o a los representantes de los mismos en la Comisión, cuando hubiera partido de ésta la iniciativa de la solicitud”.*

Asimismo, y desde un punto de vista jurisprudencial, nos interesa traer a colación dos sentencias emblemáticas en cuanto a la posible vulneración del derecho constitucional reconocido en el art. 23.2 CE. Las mismas giran en torno a preguntas y solicitudes de parlamentarios sobre actuaciones del Gobierno y la respuesta denegatoria o incorrecta bien por parte de este último o incluso por la propia Mesa de la Cámara que decide no tramitar la solicitud al Gobierno, no permitiéndose en cualquier caso el control parlamentario. Así, la STS. de 9 de junio de 1987 y la posterior STC. 220/1991 en torno a la pregunta que realiza un diputado de Euskadiko Ezkerra sobre fondos reservados al Gobierno Vasco. También en otro caso significativo como el planteado por 67 Diputados del Congreso contra Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 18 de diciembre de 1986, sobre acceso a materias clasificadas que dio lugar a la STC. 118/1988.

Este epígrafe guarda por otra parte una estrecha relación con el control parlamentario de los actos de Gobierno como se verá en otro capítulo más adelante. No obstante, queremos avanzar que, siendo su finalidad la misma, se trata de versiones diferentes de control, pues el derecho constitucional de los parlamentarios que ahora analizamos es un derecho individual que asiste a Diputados y Senadores y no de carácter colectivo como el que se reconoce a las Comisiones y grupos parlamentarios en relación específica con la materias clasificadas¹⁶⁶. Por tanto, y de inicio, debemos dejar constancia de que el derecho individual de acceso no se reconoce por Ley en relación al acceso a materias clasificadas (que solo se contempla para las Comisiones y grupos parlamentarios)¹⁶⁷, por lo que una denegación en este ámbito no vulneraría en hipótesis el art. 23.2 CE (que se remite a la propia Ley).

¹⁶⁶ La STC. 118/1998 mantuvo que las potestades constitucionales conferidas a las Cámaras, como prerrogativas de las mismas, no son identificables como derechos individuales de cada uno de sus miembros, al igual que, de manera contraria, la STC. 161/1988, en relación a una solicitud realizada por cuatro diputados de las Cortes de Castilla La Mancha dirigida al Consejo de Gobierno y que la Mesa de las citadas Cortes decidió inadmitir, mantuvo que “ni el control de admisión de la Mesa puede dar lugar a trasladar a favor de este órgano la facultad que el reglamento concede a los parlamentarios”.

¹⁶⁷ La propia Resolución de la Presidencia sobre el acceso por el Congreso de los Diputados a materias clasificadas, de 18 de diciembre de 1986, disponía en su artículo primero que “el acceso del Congreso de los Diputados a los secretos oficiales se rige por lo establecido en la presente resolución, *que no afecta al derecho individual de los Diputados a obtener información* en los términos que establece el Reglamento de la Cámara”. Posteriormente fue objeto de modificación por Resolución de la Presidencia de 1992 y 2004 en las que se suprime la referencia al derecho individual, pero bien es cierto que en su artículo segundo hablan de las Comisiones y uno o más Grupos parlamentarios como aquellos que *únicamente* están legitimados activamente para realizar la solicitud de información sobre materias que hubieran sido declaradas clasificadas conforme a la Ley sobre Secretos Oficiales. Paradójicamente, llama la atención que, a pesar de que la solicitud solo se puede hacer por órganos colegiados (Comisiones o Grupos parlamentarios), la recepción de las solicitudes en muchas ocasiones se centra en los diputados considerados individualmente. Así, se pone de manifiesto en la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados sobre acceso por el Congreso de los Diputados a secretos oficiales, de 2 de junio de 1992, modificada por la de 11 de mayo de 2004, al mencionar como receptores de la información a los diputados por cada grupo parlamentario (artículo tercero), a los portavoces de los grupos parlamentarios o los representantes de los mismos en la Comisión (artículo cuarto), a los diputados previstos en cada caso por esta resolución (artículo séptimo), etc. De esta manera, resulta un tanto llamativo el hecho de que se reconozca un derecho de solicitud a Comisiones o grupos parlamentarios para luego hacer beneficiarios del mismo a los diputados individualmente, pues materialmente es cierto que en estos casos la información hay que darla en última instancia a alguien

Por tanto, no existe un derecho que asista a los parlamentarios individualmente para acceder a materias clasificadas o declaradas secretas por Ley (no así para otras) y la denegación de este tipo de información simple y llanamente podría no vulnerar ningún derecho. Incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de junio de 1987 ha afirmado que al realizarse las solicitudes (ya sean de las Comisiones o de uno o más grupos parlamentarios o de los parlamentarios individualmente -como es el caso de la sentencia-) por conducto de la Presidencia de la Cámara y previa calificación de la Mesa, “no existe administrado, sino un Órgano de la Cámara que para hacer trascender su actividad hacia el exterior, en este caso hacia el Gobierno, e incluso para ser destinatario de cualquier acto de aquél, necesita de la mediación de la Mesa y del Presidente de la Cámara....(lo que implica la asunción de la Cámara de la iniciativa de uno de sus miembros)”.

No obstante, estas últimas consideraciones podrían quedar desvirtuadas en el caso de que la solicitud de información se realizase por uno o varios grupos parlamentarios a quienes, como ha reseñado la doctrina¹⁶⁸, “no se le reconoce formalmente ni personalidad jurídica propia ni carácter de órgano de la Cámara”, y por tanto, “no habría inconveniente alguno en reconocer legitimación suficiente para recurrir en amparo a los miembros de dichos grupo (o a alguno de ellos) en orden a la defensa de su derecho de participación”. De cualquier forma, este argumento podría ser válido a efectos de aceptar la legitimidad de los parlamentarios individualmente considerados a pesar de estar incluidos en un colectivo (en este caso el del grupo parlamentario al que pertenecen), pero seguiría chocando con la salvedad apreciada por el Tribunal Supremo en cuanto a la “asunción” o “asimilación” en última instancia de la iniciativa individual por la Mesa y la Presidencia de la Cámara¹⁶⁹.

a pesar de que, inicialmente y en un sentido formal, el solicitante de la misma sea un órgano concebido en sentido colectivo o colegiado que como ente no puede conocer en puridad de una información. En este sentido, la STC. 161/1988 dispuso que, “las atribuciones del órgano representativo se pueden actuar, sin quiebra lógica alguna, por sus miembros individuales o por los grupos o facciones que éstos formen, cuando tales atribuciones no hayan de expresarse mediante una decisión imputable al órgano mismo”.

¹⁶⁸ COBREROS MENDEZONA, E.: “El «status» parlamentario como derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 de la Constitución”, “Estudios Sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría”, Ed. Cívitas, 1991, Vol. III, pp. 2170 y ss.

¹⁶⁹ La STC. 161/1988, aprecia sin embargo que “no es el órgano parlamentario el que recaba la información, sino alguno o algunos de sus miembros, a título individual, por más que tal decisión, en sí perfecta, quede condicionada a su «admisión» por la Mesa

Personalmente estimamos que tanto la Mesa como la Presidencia son meros intermediarios que se exigen procedimentalmente para que la iniciativa parlamentaria llegue a buen fin y se instrumentalice la relación entre el Gobierno y las Cortes de manera racional y ordenada. De hecho, no se les reconoce como parte de sus funciones la posibilidad de realizar esas solicitudes por iniciativa propia, que solo podrán hacerlas las Comisiones y uno o más grupos parlamentarios –o los parlamentarios incluidos en ellos – y tampoco pueden obstaculizarlas apreciando razones de oportunidad sobre su conveniencia o inconveniencia, sino limitarse exclusivamente a un examen de viabilidad formal de lo pedido (STC. 161/1988).

Por todo ello, consideramos que la denegación de solicitudes, tanto por parte de la propia Mesa de la Cámara como por parte del Gobierno, es susceptible de control en amparo ante el Tribunal Constitucional (ex. Art. 42 LOTC) con la diferencia de que, en el caso de que la negativa o falta de argumentación convincente provenga de la Mesa de la Cámara, el recurso se interpondrá directamente ante el Tribunal Constitucional (ex. Art. 42 LOTC), mientras que si la negativa o falta de argumentación o motivación justificada suficientemente en derecho procede del Gobierno, entonces habrá que agotar la vía judicial ordinaria previa mediante el recurso preferente y sumario de amparo judicial (ex. Art. 53.2 CE y 43 LOTC).

El hecho de que se invoque la circunstancia de que la negativa del Gobierno responde a las relaciones entre Órganos superiores del Estado y que, por tanto, tienen un carácter eminentemente político no lo consideramos admisible como argumento para excluir el recurso, pues es el propio art. 2.a) LJCA el que permite la fiscalización de este tipo de actos por muy políticos que se consideren, tanto en sus elementos reglados como ante la posible vulneración de derechos fundamentales, como podría producirse en este caso respecto al art. 23.2 CE.

No parece sin embargo, que esta postura sea acorde con un sector de la doctrina¹⁷⁰ con la que respetuosamente se discrepa, que en cualquier caso estima que “el derecho de información de los diputados es accesorio respecto al cumplimiento de su función parlamentaria. En forma alguna su práctica defectuosa puede dar lugar a una acción ante la

y a su tramitación ad extra a través del Presidente de la Cámara”, para añadir que no “cabe dar más alcance a la mediación del Presidente de las Cortes en la tramitación de la solicitud de información que el que corresponde a su condición de representante ad extra de la Cámara....sin que dicha mediación entrañe reconocimiento alguno de potestad en orden a la apreciación de la viabilidad material de los escritos que para su traslado al Consejo de Gobierno se le dirigen “.

¹⁷⁰ EMBID IRUJO, A.: *Op. Cit.*, pp. 81 y ss.

jurisdicción contencioso – administrativa”. Asimismo, propugna que es precisamente ese carácter accesorio el que determina que, al igual que “en modo alguno podría sostenerse la posibilidad de interponer un recurso de amparo contra la respuesta a una pregunta oral o una interpelación juzgada insatisfactoria por el preguntante o interpelante”, “mucho menos podría haber esa acción contra una actuación que muchas veces puede ser previa a la pregunta o interpelación”. Y añade otras razones como “la falta de previsión de las acciones [judiciales] en los preceptos reglamentarios” y el hecho de que “en un supuesto de más envergadura, la imposibilidad de un diputado de presentar enmiendas a un texto Legislativo, el mismo Tribunal Constitucional por Auto de 15 de enero de 1986 ha afirmado que el derecho de presentar enmiendas a título individual no tiene directo amparo constitucional”.

Para otros autores¹⁷¹ el problema radica en la inexistencia de “una vía de control que permita exigir el cumplimiento de la norma que obliga a contestar o a exponer las razones fundadas en derecho que lo impiden. Todos estos casos se encuentran en una franja no cubierta ni por el amparo constitucional (art. 42 LOTC) ni por la jurisdicción contencioso – administrativa, pese a que están regulados por normas cuya vulneración es contraria al orden constitucional”. Por tanto, existe una zona de la actividad parlamentaria que carece de una vía de control adecuada pero no por “la naturaleza” política o interna (“*interna corporis acta*”) de los actos, sino por “accidente”, es decir porque “no existe vía de control” y cuando esto último sucede no es correcto para el autor invocar la libertad de las Cámaras en su actuación autónoma e independiente, pues se deben ajustar en su actuación a lo dispuesto en la Constitución y las Leyes por muy libre que sea su actividad. Este sector doctrinal concluye afirmando que “ciertamente es un error tratar de someter las cuestiones políticas al control de los Tribunales. Pero aquí no se trata de eso. Aquí de lo que se trata es de que los Tribunales conozcan de todas las cuestiones jurídicas - esto es, de todos los conflictos cuya solución esté predeterminada por el derecho-, sin excepciones que violen los principios básicos de nuestra Constitución (arts. 9 y 24). Esto exige deslindar lo que constituye una lícita decisión política de lo que no es otra cosa que la aplicación de una norma”. Por ello, y en tanto que el legislador decida cuál debe ser el tratamiento procesal de estos asuntos, el autor propugna que “el Tribunal Constitucional debería abrir el cauce del amparo especial previsto en el art. 42 de su Ley Orgánica, rectificando la interpretación restrictiva que ha dado al artículo 23 de la Constitución cuando se trata del control de decisiones o actos sin valor de Ley emanados de las Cámaras o de cualesquiera de sus órganos”.

¹⁷¹SAINZ MORENO, F.: “Actos parlamentarios y jurisdicción contencioso – administrativa”, Revista de Administración Pública, núm. 115, enero – abril 1988, pp. 245 y ss.

No es otra la postura que hemos mantenido a lo largo de este epígrafe y no podemos estar más de acuerdo, salvo en lo que respecta a la ausencia de una vía de control específica prevista por el legislador, pues con la legislación vigente en la mano, el Gobierno tiene una obligación jurídica de facilitar la información y caso de no facilitarla, debe ser *razonadamente en derecho* (art. 7.2 RCD y artículos tercero y cuarto de la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados sobre acceso por el Congreso de los Diputados a secretos oficiales, de 2 de junio de 1992, modificada por la de 2004). Todo lo que se salga de ésta obligación, supone una infracción de los términos predeterminados por el derecho, esto es, una ilegalidad, y para corregir las ilegalidades en un Estado de Derecho se constituyen los Tribunales de justicia. Y así, el cauce procesal, volvemos a insistir, se encuentra reconocido de forma genérica en los arts. 2.a) LJCA¹⁷², 7¹⁷³ y 58.1¹⁷⁴ LOPJ (en lo que a la jurisdicción contencioso – administrativa respecta) y en el art. 42 LOTC (por lo que al Tribunal Constitucional en vía de amparo se refiere). Otra cosa sea hasta donde puede conocer tanto una como otra jurisdicción y si existe una afectación verdadera al núcleo esencial del derecho fundamental¹⁷⁵, que serán cuestiones que deberán dilucidar precisamente los Tribunales respectivos, profundizando especialmente en las

¹⁷² “El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”.

¹⁷³ “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos”.

¹⁷⁴ “La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo conocerá: 1. En única instancia, de los recursos contencioso-administrativo contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial y contra los actos y disposiciones de los órganos competentes del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo en los términos y materias que la Ley establezca y de aquellos otros recursos que excepcionalmente le atribuya la Ley”.

¹⁷⁵ En la STC. 220/1991 se ha dejado sentado que no todos los derechos y facultades que constituyen el Estatuto del parlamentario han quedado automáticamente constitucionalizados mediante su reflejo en el art. 23.2 CE, “sino tan sólo aquellos que pudiéramos considerar pertenecientes al núcleo esencial de la función representativa parlamentaria, como son, principalmente, los que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y *de control* [la cursiva es nuestra] de la acción del Gobierno”. Otra cosa sea que se consideren las solicitudes de información como

motivaciones y razones del Gobierno fundadas en derecho (que no de oportunidad porque lo exige expresamente una Ley) que han dado lugar a la denegación de la información¹⁷⁶.

Quizás al albur de la legislación pretérita, se pudiera fundamentar la imposibilidad de recurrir estos actos pues así lo disponían normas como el art. 2. b) de la LJCA de 1956, pero hoy en día esto ya no lo consideramos admisible.

Concluiremos afirmando que el derecho fundamental analizado, al tratarse de un derecho de configuración legal, es necesario analizarlo desde las potestades y derechos que la Ley reconoce a los parlamentarios. En este caso, y dado que el Tribunal Constitucional ha reconocido sobradamente dicha condición tanto a los Reglamentos del Congreso y del Senado y a las Resoluciones de los Presidentes de las respectivas Cámaras, será a dichas disposiciones, en su condición de *lex specialis*, a los que habrá que acudir para discernir si la denegación de información por parte del Gobierno o de la Mesa suponen una vulneración del derecho del art. 23.2 CE como parte del “*ius officium*” de Diputados y Senadores. Hemos visto que con carácter general, el Tribunal Constitucional ha reconocido como parte integrante del derecho fundamental analizado las solicitudes que los parlamentarios pueden hacer al albur del art. 7 RCD y 6 RS, “para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias”. En el caso particular que nos atañe, existe

una forma de control en sí mismas o bien como un instrumento vehicular que sirva, en su caso y en un futuro, para ejercitar los mecanismos de control, cuestión en la que la doctrina no se muestra pacífica. Para nosotros, la solicitud de información es ya de por sí un instrumento de control, si bien no formalmente, como las reconocidas en el propio Reglamento del Congreso en forma de moción de censura, preguntas, interpelaciones, investidura, etc., sí de manera material o indirecta, pues una solicitud de información no deja de ser ya por sí misma una especie de pregunta.

¹⁷⁶ Así ocurrió *mutatis mutandi* con la STC. 161/1988 en la que se le denegó a la Mesa su capacidad para inadmitir la solicitud de información de cuatro diputados invocando como razón el hecho de que “podría llevar a una posible obstrucción de la labor de la Administración y en algunos supuestos afectaría a la intimidad de las personas”. El TC considera que la Mesa va más allá de sus potestades de inadmisión en función de la estricta regularidad formal de la solicitud y que lo que “en realidad está realizando es un juicio de oportunidad en el que sobrepone su estimación política a la de los peticionarios, que le conduce más allá de su potestad de verificación formal, a disponer del derecho de los diputados, asumiéndolo como propio con absoluto desconocimiento de su naturaleza de facultad individual de los mismos” y “que el mero riesgo, anunciado sin concreción alguna por la Mesa, no puede fundamentar la inadmisión en cuanto que no corresponde a la misma, en ese trámite, la tarea, materialmente jurisdiccional, de ponderar los eventuales derechos de terceros y el ejercitado por los demandantes”.

una especialidad *ratione materiae* delimitada por las materias clasificadas como secretas y reservadas para las que su legislación específica reconoce el derecho a las Comisiones y uno o varios grupos parlamentarios pero, insistimos, no a los diputados y senadores de manera individual. Quiere ello decir que cuando el objeto de la solicitud sea una materia clasificada, los parlamentarios no podrán ejercer su derecho al amparo del art. 7 RDC o 6 RS, esto es, individualmente, sino que tendrán que cumplir con lo dispuesto en la Resolución de la Presidencia del Congreso de 1994 y hacer su solicitud a través de los órganos colectivos citados.

Por tanto, la denegación del Gobierno o la Mesa no vulneraría el derecho fundamental de los parlamentarios en estos casos pero no porque la Mesa asumiera la iniciativa parlamentaria ni porque se tratase de relaciones políticas entre el Gobierno y las Cortes, sino porque aquéllos no estarían legitimados individualmente para hacer solicitud de información alguna respecto a materias clasificadas (salvo que existiese una previa desclasificación) y, por tanto, existirían “razones fundadas en derecho” que lo permitirían. Solo se podría vulnerar tal derecho respecto de las solicitudes de las Comisiones o grupos parlamentarios como más que dudosos titulares del derecho fundamental objeto de estudio¹⁷⁷ o en la consideración de que tales Comisiones o grupos no constituyen formalmente “órganos” de la Cámara correspondiente ni tienen atribuida personalidad jurídica propia por lo que, a pesar de la exigencia procedimental de que la solicitud de información se haga colectivamente, esta última siempre tendrá como origen la voluntad de los parlamentarios considerados individualmente, a los cuales no existe impedimento alguno para reconocerles la titularidad del derecho contemplado en el art. 23.2 CE.

En este sentido, no podemos olvidar tampoco que es la propia resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados sobre secretos oficiales la que reconoce puntualmente como destinatarios de la información clasificada a Diputados individualmente concebidos (bien a uno de todos los grupos parlamentarios, a los representantes de esos grupos en la Comisión, etc.).

¹⁷⁷ En este caso, la legitimación activa para interponer el recurso de amparo se complicaría, pues los arts. 162.b) CE y 19 LJCA exigen la condición de persona física o jurídica con interés legítimo. El primer caso, no se daría al tratarse de un derecho que se ejerce colectivamente, y en el segundo, porque los órganos de las Cámaras no tiene en puridad la condición de persona jurídica.

CAPÍTULO V

EL ELEMENTO MATERIAL Y TELEOLÓGICO: MATERIAS RELACIONADAS O QUE PUEDAN DAÑAR O PONER EN RIESGO LA SEGURIDAD DEL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL. LA CLASIFICACIÓN “POR NATURALEZA”.

1.- El elemento material como legitimador de la actividad clasificatoria y condicionante del control judicial; ¿Defensa nacional y/o seguridad del Estado?; Ámbitos diferentes según los artículos 8 y 104 CE. Referencias jurídicas. La afectación potencial o el riesgo circunscritos a la seguridad como actividad preventiva y a la clasificación de la información como “reservada” frente al daño efectivo vinculado a la defensa como actividad reactiva y a la clasificación de la información como “secreta”; 2.- La defensa nacional: La Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio por la que se regulan los criterios básicos para la Defensa nacional y la Organización Militar. La Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre de la Defensa nacional. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 y el Acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2010. La vinculación con el estado de sitio; 3.-La seguridad del Estado: Inexistencia de regulación jurídica expresa. Regulación “fraccionada” según la materia: Seguridad ciudadana, seguridad privada y Fuerzas y Cuerpos de seguridad. Vinculación con el estado de excepción; 4.- Los instrumentos para el mantenimiento de la defensa y la seguridad confluyen en el fin; Daño, amenaza o riesgo real y efectivo frente a su mera hipótesis o probabilidad; 5.- El precedente judicial o histórico, así como la valoración judicial de pruebas, indicios o circunstancias como posible solución a la indeterminación de los conceptos.

1.- El elemento material como legitimador de la actividad clasificatoria y condicionante del control judicial; ¿Defensa nacional y/o seguridad del Estado?; Ámbitos diferentes según los artículos 8 y 104 CE. Referencias jurídicas. La afectación potencial o el riesgo circunscritos a la seguridad como actividad preventiva y a la clasificación de la información como “reservada” frente al daño efectivo vinculado a la defensa como actividad reactiva y a la clasificación de la información como “secreta”.

El art. 1.1 LSO dispone que “Los Órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rijan su actuación, salvo los casos en que *por la naturaleza de la materia* sea ésta declarada expresamente «clasificada», cuyo secreto o limitado conocimiento queda amparado por la presente Ley.

De este artículo se colige que la clasificación “por naturaleza” o por la materia se podrá hacer tanto en las categorías de “secreto” como en “reservada” y que la delimitación o identificación de las materias objeto de clasificación se nos muestra pues como un aspecto de suma importancia, ya que constituye el factor esencial que nos permite, por un lado, aplicar las técnicas de control sobre las mismas en forma de

elementos reglados o conceptos jurídica o judicialmente asequibles, ponderándolos con otros valores o bienes constitucionales, y por otro, proceder a una acción clasificatoria o desclasificatoria con todas las garantías. Si no conocemos estas materias *a priori*, difícilmente se podrá ejercitar la clasificación y el correspondiente control, pues éstos estarán carentes de objeto o al menos de un objeto determinado no sujeto a múltiples interpretaciones. En ese caso, ¿qué controlarían los Jueces entonces?, ¿hacia dónde dirigirían sus pesquisas para averiguar si una clasificación o denegación de una desclasificación se ha hecho según los cauces legalmente establecidos?, ¿qué parámetros jurídicos de referencia utilizarían?, ¿qué podría ser objeto, en última instancia, de clasificación o desclasificación?

Ahora bien, a pesar de los efectos benefactores de la categorización conceptual de materias susceptibles potencialmente de clasificación, cabría también preguntarse si toda materia susceptible de clasificación merece real y efectivamente tal clasificación y si, por el mero hecho de ser incluida en una lista tasada, queda como tal automática e incondicionalmente excluida de cualquier control. Estas materias coinciden además, y al mismo tiempo, con el fin (elemento teleológico) al que debe responder toda actividad clasificatoria o desclasificatoria. Deben, por tanto, concurrir dos premisas: que se trate de materias relacionadas con la seguridad del Estado y la defensa nacional y que, al mismo tiempo, su descubrimiento dañe o ponga en riesgo a aquéllos bienes constitucionales, siendo el fin del secreto su protección¹⁷⁸.

De otra parte, el artículo 105.b) CE¹⁷⁹ menciona los bienes jurídicos a proteger unidos por la copulativa “y”, de manera que cabría plantearse si es necesario que afecte a los dos bienes simultáneamente, como parece desprenderse del propio texto constitucional, o si, por el contrario, bastaría la afectación de uno solo para justificar ya la clasificación y, por tanto, la exclusión inicial del control judicial del asunto clasificado. Particularmente somos de la opinión que se trata de dos bienes jurídicos diferentes y que basta que el asunto o la documentación estén relacionados con alguno de ellos, de forma que les suponga una amenaza real o efectiva, para justificar la clasificación. Esa

¹⁷⁸ En este sentido, ver MELERO ALONSO, E. en “El secreto oficial en las ventas de armas. Un supuesto de aplicación ilegal de la Ley sobre Secretos Oficiales” (RAP, núm. 152, mayo – agosto 2000), pp. 257 y 258.

¹⁷⁹ “La Ley regulará:....b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

diferencia quedará constatada a continuación en función de la distinta regulación jurídica y del contenido diferente que albergan ambos bienes a pesar de que en la Constitución aparezcan mencionados conjuntamente como si de un solo bien jurídico se tratase y de que, al fin y al cabo, los dos conceptos suelen presentar una solución de continuidad o causalidad ya que el riesgo efectivo en la seguridad suele llevar al daño y que la diferencia es realmente una cuestión o matiz en la gravedad de los desórdenes.

Constatamos, sin embargo, esta diferencia en una primera circunstancia fácil de apreciar, pues consideramos que si la actividad de defensa es *reactiva* ante una agresión tanto interna como externa, la seguridad se muestra como un factor meramente *preventivo* de ese ataque o agresión manifestado todavía en forma de riesgo o amenaza, aunque esta última deba ser cierta y efectiva. Los factores a los que responden ambas acciones son pues eminentemente diferentes y no ya sólo por su naturaleza, sino en cuanto al elemento temporal, existiendo una solución de continuidad o sucesión entre ambas, ya que la defensa será una actividad posterior a la seguridad, una vez que ésta ha quedado verdaderamente en entredicho, quedando constatada por la prueba irrefutable de los hechos. La defensa no se activará pues hasta que no se haya materializado un riesgo o una agresión efectiva que haya socavado de forma trascendente y considerable la seguridad. De otra manera, esa defensa carecería de sentido, pues su despliegue gratuito configuraría un Estado “paranoico” a la vez que desmedido en sus reacciones. Parece así, que existe una correlación entre ambos conceptos determinada por una solución de continuidad o causalidad en función de la gravedad de los desórdenes o alteraciones del orden.

De otro lado, y desde una perspectiva competencial, las funciones en torno a los citados conceptos no están asignadas a los mismos órganos, ya que si la defensa está atribuida con carácter general al Presidente del Gobierno, al Ministerio de Defensa y el Consejo de Defensa nacional en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre de la Defensa nacional (ex. arts. 6, 7 y 8), con las Fuerzas Armadas como instrumento para llevarla a cabo (aunque puntualmente puedan contar con el apoyo de la Policía o la Protección Civil), la seguridad del Estado -en la que se incluye, como ya vimos, la ciudadana- aparece vinculada inexorablemente al Ministerio de Interior mediante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, según lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana (que, en cualquier caso, también podrán contar con el apoyo de las Fuerzas Armadas en determinados escenarios como el de la lucha contra el terrorismo).

Además, si veíamos que la defensa nacional y la seguridad del Estado aparecían en la Constitución mencionadas conjuntamente en el artículo 105.b) CE, sin embargo y circunstancialmente, los medios o instrumentos con los que se lleven a cabo, esto es, las Fuerzas Armadas y los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad aparecen mencionadas en la Constitución por separado en los artículos 8 y 104 respectivamente con una remisión expresa a sus respectivas Leyes Orgánicas de regulación. Tampoco se mencionan en los citados artículos con los mismos fines o funciones ya que si las Fuerzas Armadas deben “garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad estarán a cargo de “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”, dando la impresión por los términos utilizados que las primeras enfocan su actuación mayormente a amenazas y agresiones procedentes del exterior al mencionar a España como nación, su soberanía e independencia o su integridad territorial, términos que aluden a la realidad y a la personalidad jurídica de un Estado en la comunidad internacional, mientras que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad lo hacen hacia el interior, al citar el elemento de la ciudadanía y el ejercicio por la misma de los derechos fundamentales y libertades, entendiéndose que dicha tarea se encuentra referida a nivel doméstico. En cualquier caso, ya vimos que ambas facetas aparecían imbricadas y que era ciertamente difícil concebirlas como categorías estanco completamente separadas por el reconocimiento de la mutua dependencia que puntualmente se reconocería entre ellas.

Por último, no queremos dejar escapar la ocasión para insistir en que la afectación de estos bienes, para que justifique la clasificación y su consiguiente exclusión inicial del control judicial, debe ser *real y efectiva*, tal y como reconoce nuestra Constitución en su art. 105.b) al excluir el acceso en lo que *afecte* a la seguridad del Estado y la defensa nacional, y no su mera hipótesis o posibilidad que es lo que parece trascender de la actual legislación en el art. 2 LSO, al prever como posibles materias clasificadas aquellas cuyo conocimiento por personas no autorizadas *pueda dañar o poner en riesgo* dichos bienes constitucionales¹⁸⁰, o en el art. 37.5.b) LRJPAC, al excluir del derecho de acceso a los expedientes por el mero hecho de *contener* información sobre la seguridad o la defensa, pero no por *afectar de manera ostensible y evidente* a tales bienes, tal y como exige, por ejemplo, la doctrina norteamericana al requerir un peligro claro e inminente (*clear and present danger*). En caso de que se aprecie esta circunstancia, es lo que legitima al Consejo de Ministros o a la JUJEM para proceder, mediante un acto expreso, al ejercicio de la actividad clasificatoria de un asunto

¹⁸⁰ Esta diferencia podría ser considerada como un factor de inconstitucionalidad de la propia LSO, aunque el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de abril de 1997 dejó sentado que ninguna causa de inconstitucionalidad se apreciaba en la misma.

como reservado o secreto por la propia naturaleza del mismo, lo cual se diferencia, como veremos más adelante, de la clasificación por Ley que realiza el Legislativo en la que no es necesaria esa actividad clasificatoria *ex post*, pues la clasificación de un asunto como secreto ya se ha hecho previamente por Ley mediante la calificación del mismo como tal en función de la valoración del riesgo o la afección a la seguridad y la defensa hecha, en este caso, por el legislador.

Volviendo al aspecto de la regulación jurídica de ambos bienes constitucionales y la diferente categoría clasificatoria que pueda conllevar, comenzaremos citando el artículo tercero del Decreto 242/1969, de 20 de febrero, de Secretos Oficiales, que siguiendo lo establecido por el derogado artículo segundo de la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales, define qué se entiende por la clasificación como “secreto” y “reservado”. Al definir secreto en su primer epígrafe, hace referencia a todas las “materias” del artículo anterior que “por su excepcional importancia...*pudieran dar lugar* a riesgos o perjuicios de la seguridad del Estado, o pudiera comprometer los intereses fundamentales de la Nación en materia referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional”. Realmente, al referirse a las materias del “artículo anterior”, no se pueden considerar como tales, pues entendemos que lo que el artículo segundo¹⁸¹ del Decreto está

¹⁸¹ “A efectos de lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley podrá entenderse: 1. Por asuntos, todos los temas que se refieran a las materias que en el mismo se especifican. 2. Por acto, cualquier manifestación o acuerdo de la vida político-administrativa tendente a la obtención de fines específicos. 3. Por documentos, cualquier constancia gráfica o de cualquier otra naturaleza y muy especialmente: a) Los impresos, manuscritos, papeles mecanografiados o taquigrafiados y las copias de los mismos, cualesquiera sean los procedimientos empleados para su reproducción; los planos, proyectos, esquemas, esbozos, diseños, bocetos, diagramas, cartas, croquis y mapas de cualquier índole ya lo sean en su totalidad, ya las partes o fragmentos de los mismos. b) Las fotografías y sus negativos, las diapositivas, los positivos y negativos de película, impresionable por medio de cámaras cinematográficas y sus reproducciones. c) Las grabaciones sonoras de todas clases. d) Las planchas, moldes, matrices, composiciones tipográficas, piedras litográficas, grabados en película cinematográfica, bandas escritas o perforadas, la memoria transistorizada de un cerebro electrónico y cualquier otro material usado para reproducir documentos. 4. Por informaciones, los conocimientos de cualquier clase de asuntos o los comprendidos como materias clasificadas en el citado artículo 2º de la Ley. 5. Por datos y objetos, los antecedentes necesarios para el conocimiento completo o incompleto de las materias clasificadas, las patentes, las materias primas y los productos elaborados, el utillaje, cuños, matrices y sellos de todas clases, así como los lugares, obras, edificios, e instalaciones de interés para la defensa nacional o la investigación científica. 6. Se entenderá también como materias propias de este Decreto, todas aquellas que, sin estar enumeradas en el presente artículo, por su

definiendo son los soportes (documentos, asuntos, actos, informaciones, datos y objetos) en los que pueden plasmarse o manifestarse esas materias que realmente aparecen definidas de manera imprecisa en este mismo artículo aludiendo a la “defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional”.

En el epígrafe segundo del citado artículo segundo, para acotar el ámbito de aplicación de la clasificación como “reservado”, menciona otros asuntos (no incluidos en la categoría de secretos) de “menor importancia” cuyo conocimiento o divulgación “*pudiera afectar* a los referidos intereses fundamentales de la nación, la seguridad del Estado, la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional”, haciendo una delimitación de la materia por descarte respecto a los que merecen la clasificación de secretos en función de su “menor importancia” pero sin especificar los factores que la determinan ni quién debe apreciarla, aunque se intuye que corresponderá a los órganos con competencias clasificatorias. Cabría preguntarse pues, si las materias objeto de secreto serían las propias de la defensa, dada la mayor trascendencia de las circunstancias propiciatorias para la actuación reactiva de las Fuerzas Armadas, mientras que las reservadas se circunscribirían a aquellas relativas a la seguridad, considerada ésta en su faceta de mera acción preventiva que deben llevar a cabo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

A su vez, y al igual que el artículo tercero del Decreto 242/1969, de 20 de febrero, de Secretos Oficiales, el artículo segundo de la Ley 48/1978 por la que se modifica la Ley de 5 de abril de 1968, sobre Secretos Oficiales, opta por mencionar los soportes o medios en los que pueden aparecer las materias o temas susceptibles de clasificación pero no se aluden a estas últimas expresamente. Así, dispone que, a los efectos de esta Ley, podrán ser declaradas “materias clasificadas”,

“los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado”.

De los artículos citados no podemos sacar grandes conclusiones en lo que respecta a cuáles sean las materias susceptibles de clasificación, especialmente en cuanto a la decisión sobre su posible clasificación y el control judicial correspondiente, dado lo impreciso, vago y general de los términos que se emplean y su referencia más a los soportes o medios en que aparece la información que a las propias materias sobre las que versa esta última, lo que a su vez da lugar a que su posible afectación sea siempre objeto de apreciación o interpretación subjetiva por quienes deban proceder a la clasificación de los asuntos,

naturaleza, puedan ser calificadas de asunto, acto, documento, información, dato u objeto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo dos de la Ley”.

actos, documentos, etc. ¿Cuándo podemos, por tanto, apreciar que realmente existe un peligro para la paz exterior?, ¿o para el orden constitucional?, ¿o cuándo está en riesgo efectivo, real y cierto la defensa y la seguridad del Estado? Muchas veces se tratará de decisiones adoptadas en márgenes muy estrechos de apreciación, determinados por factores muy sutiles o difícilmente perceptibles. Otras veces, quizás, por lo evidente de los efectos devastadores de determinadas agresiones. En cualquier caso, se tratará de decisiones cuya adopción no se deberá realizar alegremente y que, en caso de duda, estimamos que se tendrá que optar por una decisión restrictiva en función del principio *favor libertatis*, pues no podemos olvidar que la apreciación de una afectación de estas materias lleva consigo en muchas ocasiones la limitación de derechos fundamentales como los vistos en el capítulo anterior¹⁸². Por tanto, y con independencia de la definición previa y concisa de las materias atinentes a la seguridad del Estado y la defensa nacional, lo que no debe existir en ningún caso es un margen razonable para la duda en cuanto a su afectación, pues en caso contrario, consideramos que se debe optar invariablemente por no clasificar el asunto o, al menos, no hacerlo en su condición más agravada de “secreto”, al no estar clara la afectación de la materia que justificaría la acción.

En cualquier caso, de los artículos mencionados anteriormente, extraemos las materias, temas o categorías que son susceptibles de clasificación referentes tanto al orden exterior como al interior y que se enuncian como “aquellas que *pudieran afectar a*”:

- La paz exterior.
- El orden constitucional.
- Los intereses fundamentales de la nación.
- La defensa nacional.
- La seguridad del Estado.

A pesar de ello, podemos considerar reducidas las materias a las dos últimas, únicas a las que se refiere la más reciente Ley de Secretos Oficiales de 1978, que parece reducirlas a esos supuestos siempre que *se puedan dañar o poner en riesgo las mismas*. No parece que con la previsión de la mera posibilidad del daño o puesta en riesgo fuese admisible, al menos, la clasificación en la condición de más importancia como es la de “secreto”. Entraría dentro de la lógica y de los argumentos expuestos anteriormente, que la potencialidad expresada en la mera posibilidad de un hecho incierto podría quedar reducida, en su caso, al ámbito de la actuación preventiva de la seguridad y la clasificación en la categoría de información “reservada”, y aun así, consideramos que en

¹⁸² Este principio se ve reforzado, si cabe, por el carácter restringido que, a su vez, presenta la interpretación de los límites al derecho de acceso a la información frente a otros derechos (STC. 6/1981).

este caso, el riesgo o la amenaza deberían ser, efectivos, graves e inminentes. Veamos ahora con detenimiento y por separado cada uno de estos dos conceptos y su posible definición pues no podemos olvidar que fue el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de abril de 1997 el que los declaró como “conceptos jurídicamente asequibles”.

2.- La defensa nacional: La Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio por la que se regulan los criterios básicos para la Defensa nacional y la Organización Militar. La Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre de la Defensa nacional. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 y el Acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2010. Vinculación con el estado de sitio.

Inicialmente, es de obligada mención como precedente el art. 2 de la derogada Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulaban los criterios básicos para la Defensa nacional y la Organización Militar. En el mismo se definía la defensa nacional como,

“... la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin”.

De otro lado, el art. 23 de la citada Ley, siguiendo al pie de la letra lo dispuesto por el art. 8 CE, parecía darnos algún indicio del objeto de esa agresión al enunciar como misión de las Fuerzas Armadas la de,

“...garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional¹⁸³”.

Parece pues, que de la confluencia de ambos artículos, se puede concluir que la defensa nacional se correspondía con cualquier agresión a la soberanía e independencia de España, a su integridad territorial y a su ordenamiento constitucional. Es reseñable que de lo que aquí se habla es de “agresión”, que consideramos algo bien distinto al riesgo, pues si el primer término alude a algo que ya se ha materializado, el segundo alude a la idea de posibilidad de producirse, a la contingencia o proximidad de algo futurible aunque sea de manera cierta y efectiva. La defensa, como ya dijimos, se activaría así contra un evento o acto

¹⁸³ Son estos bienes o valores los que también se aluden para justificar la declaración del Estado de sitio en el art. 32 LOAES que dispone que “cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 116 de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio”.

consumado que fuera contrario a la soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional y no como una mera actividad preventiva.

La Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa nacional, deroga la Ley mencionada anteriormente y se aprecia desde un principio un cambio considerable en la apreciación de la defensa nacional en cuanto a un enfoque desde una perspectiva internacional de la misma y en lo que respecta a una ampliación de su concepción a tareas preventivas, de disuasión, de vigilancia o colaboración, frente a las meramente reactivas ante una agresión consumada. La Ley, por otra parte, ya no define la defensa nacional, sino en qué consiste uno de sus elementos como es la política de defensa y que juntamente con la política militar la integran¹⁸⁴.

El art. 2 de la citada Ley introduce términos como “protección” o “preservación” como fines implícitos a la defensa, sin que se mencione la agresión. Parece pues, que desde la interpretación que hemos venido dando a la seguridad y la defensa, hay un progresivo acercamiento sino confusión de la defensa con la seguridad, aunque por los objetivos de esta “nueva” actividad de defensa, se sigue manteniendo su faceta internacional pues éstos serían:

- La sociedad española.
- Los valores superiores, principios, e instituciones de la Constitución.
- El Estado social y democrático de derecho.
- La integridad territorial.
- La paz y seguridad internacionales.

Por su parte, el art. 15 de la misma Ley menciona las funciones de las Fuerzas Armadas como el instrumento de la defensa, por lo que concluimos que sus objetivos son asimilables. Entre ellos se mencionan de manera más concreta los siguientes,

- La seguridad y defensa de España y de sus aliados, en el marco de las organizaciones internacionales de las que España forma parte.

¹⁸⁴ FELIU ORTEGA, L.: “Las misiones de las fuerzas armadas en el exterior”, Ed. Foro de la sociedad civil, nº. 3, octubre 2010, p. 14. El autor mantiene que es preferible por ello la definición del art. 2 de la antigua LODNOM que integra tanto la defensa militar como la civil (“todas las energías y fuerzas morales de la Nación”) frente a la de la nueva Ley que parece inducir a la confusión de conceptos como seguridad y defensa como si se tratasen de conceptos únicos o de identificar la defensa con la defensa militar.

- La paz, la estabilidad y la ayuda humanitaria.
- La seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas,
- La evacuación de los residentes españoles en el extranjero, cuando circunstancias de inestabilidad en un país pongan en grave riesgo su vida o sus intereses.

Por último, y en el análisis de la citada Ley, el art. 16 define las operaciones en las que se materializan las funciones arriba reseñadas y que son indudablemente cuestiones que potencialmente estarán relacionadas con la defensa nacional como manifestaciones de la misma en esa nueva concepción que se le ha querido dar. Así,

“El cumplimiento de las misiones de las Fuerzas Armadas y el desarrollo de su contribución complementaria o subsidiaria de interés público requieren realizar diferentes tipos de operaciones, tanto en territorio nacional como en el exterior, que pueden conducir a acciones de prevención de conflictos o disuasión, de mantenimiento de la paz, actuaciones en situaciones de crisis y, en su caso, de respuesta a la agresión. En particular, las operaciones pueden consistir en:

- *La vigilancia de los espacios marítimos, como contribución a la acción del Estado en la mar, la vigilancia del espacio aéreo y el control del espacio aéreo de soberanía nacional y aquellas otras actividades destinadas a garantizar la soberanía e independencia de España, así como a proteger la vida de su población y sus intereses.*
- *La colaboración en operaciones de mantenimiento de la paz y estabilización internacional en aquellas zonas donde se vean afectadas, la reconstrucción de la seguridad y la administración, así como la rehabilitación de un país, región o zona determinada, conforme a los tratados y compromisos establecidos.*
- *El apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra el terrorismo y a las instituciones y organismos responsables de los servicios de rescate terrestre, marítimo y aéreo, en las tareas de búsqueda y salvamento.*
- *La respuesta militar contra agresiones que se realicen utilizando aeronaves con fines terroristas que pongan en peligro la vida de la población y sus intereses. A estos efectos, el Gobierno designará la Autoridad nacional responsable y las Fuerzas Armadas establecerán los procedimientos operativos pertinentes.*

- *La colaboración con las diferentes Administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente.*
- *La participación con otros organismos nacionales e internacionales para preservar la seguridad y el bienestar de los ciudadanos españoles en el extranjero, de conformidad con los criterios de coordinación y de asignación de responsabilidades que se establezcan".*

Asimismo, y siguiendo con la disección de las materias objeto de clasificación, conviene destacar el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986¹⁸⁵ mediante el cual se dispuso la clasificación "genérica"¹⁸⁶ o por categorías de determinados asuntos y materias con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales. En este caso, ya no se trata de materias susceptibles de clasificación que se derivan del análisis de la legislación vigente, sino que ya se consideran *a priori* como clasificadas. En el apartado A) del Acuerdo citado se enumeran como "secretos", esto es, con el máximo nivel de clasificación, las siguientes materias:

1. La Directiva de *Defensa nacional*.
2. Las informaciones, análisis y evaluaciones de las amenazas actuales o potenciales a la paz y seguridad de España.
3. El Plan General de la *Defensa nacional*.
4. El Plan Estratégico Conjunto.
5. Los planes y programas derivados del Plan Estratégico Conjunto.
6. El contenido de las conversaciones conducentes a la adopción de Acuerdos o Convenios Internacionales en materia de *defensa* o de carácter militar.

¹⁸⁵ BOCG – Congreso-, Serie D, núm. 122, de 6 de noviembre de 1987.

¹⁸⁶ SÁNCHEZ FERRO, S.: *Op. cit.* p.397, critica el hecho de que no se hayan especificado realmente materias o información concreta excluida de la publicidad, sino que el Gobierno se ha limitado a "establecer categorías generales de información que deben considerarse clasificadas para luego cada órgano que forma parte de esa estructura de defensa y de la política en materia de seguridad, concrete si un dato o documento que pasa por sus manos debe incluirse en tal o cual categoría (seguramente sin realizar una valoración del daño para la seguridad y defensa del Estado, porque parece como si el Gobierno hubiera dictaminado ya que la categoría genérica produce el daño por sí sola)".

7. Las claves y material de cifra criptográfica.
8. El despliegue de unidades y orden de batalla; el Centro de Conducción de Operaciones Estratégicas (CECOE) y, en general, todos los sistemas de mando, control y comunicaciones, incluidas en las redes militares permanentes.
9. Las deliberaciones de la Junta de Defensa nacional, de la Junta de Jefes de Estado Mayor, de los Consejos Superiores de los tres Ejércitos y de la Comisión Delegada del Gobierno para Situaciones de Crisis.
10. La estructura, organización, medios y procedimientos operativos específicos de los servicios de información, así como sus fuentes y cuantas informaciones o datos puedan revelarlos.
11. Los estados de eficacia operativa y de moral de las unidades.
12. Los informes y datos estadísticos sobre movimientos de fuerzas, buques o aeronaves militares.

En su apartado B) se citan a su vez como “reservados”, a un nivel inferior de protección, los siguientes:

1. Los destinos de personal de carácter especial.
2. Los planes de seguridad de Instituciones y Organismos públicos, así como de las Unidades, Centros u Organismos de las Fuerzas Armadas y de los Centros de Producción de material de guerra.
3. Los planes de protección de todas aquellas personas sometidas a la misma, específicamente las de las autoridades y de los miembros de las Fuerzas Armadas.
4. Las investigaciones y desarrollos científicos o técnicos de carácter militar realizados por industrias militares o de interés para la defensa.
5. La producción, adquisición, suministros y transportes de armamento, munición y material bélico.
6. Las conceptuaciones, informes individuales y sanciones del personal militar.
7. Las plantillas de personal y de medios y de equipo de las Unidades.

8. El contenido de las conversaciones conducentes a la adopción de Acuerdos o Convenios Internacionales que puedan afectar a la seguridad y *defensa* del Estado no incluidos en los números anteriores.

Por último, en sus apartados C) y D) se extiende la reserva a los siguientes aspectos,

C) Tendrán la misma clasificación genérica de secreto o reservado, según corresponda, todos aquellos documentos necesarios para el planeamiento, preparación o ejecución de los documentos, acuerdos o convenios a que se refieren los anteriores apartados.

D) Las informaciones, asuntos y materias clasificadas por tratados o acuerdos internacionales válidamente celebrados en España e incorporados a su ordenamiento interno, así como por organizaciones internacionales aliadas o por potencias aliadas, que confieran igual grado de protección a las que son objeto de clasificación por parte española, recibirán una clasificación que asegure un grado de protección equivalente al de la información original.

Una vez hechas estas enumeraciones, es de reseñar el desglose crítico de cada uno de los términos que ha llevado a cabo algún sector de la doctrina¹⁸⁷ para acotar lo máximo posible cuáles sean las materias que justificarían el secreto o la reserva y en qué ámbitos éstos estarían excluidos y determinarían una actuación arbitraria por parte del Gobierno y la posible ilegalidad del secreto. En esta línea, y sin ánimo de ser tan exhaustivos, queremos reseñar que existen determinados epígrafes del Acuerdo cuya clasificación tanto en secreta como en reservada no consideramos justificadas como puedan ser el de la Directiva de Defensa nacional; la producción, adquisición, suministros y transportes de armamento, munición y material bélico, el contenido de conversaciones o deliberaciones que, por su plasmación oral, son de por sí inclasificables; las plantillas de personal y de medios y de equipo de las Unidades, etc. Asimismo, entendemos que, dada la concepción de la seguridad del Estado y la defensa nacional defendida en páginas anteriores, existe una inclusión inexacta de materias en cada bloque, incluyendo cuestiones que afectan meramente a la seguridad en el de materias clasificadas como “secreto”, como es el caso de las “amenazas potenciales para la paz y la seguridad”, “los planes y Programas”-entendidos como prospecciones para el futuro-, por no hablar de las conversaciones, deliberaciones, etc., incluyendo a su vez en el epígrafe dedicado a las materias “reservadas” cuestiones vinculadas a la defensa así como a las Fuerzas Armadas.

¹⁸⁷ SÁNCHEZ FERRO, S.: *Op. cit.* Pp. 389 a 398.

Además del Acuerdo mencionado, no podemos olvidar tampoco otro Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha de 15 de octubre de 2010 “sobre política de seguridad de la información del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación por el que se clasifican determinadas materias con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales”. En el mismo se establece a su vez un sistema de “doble listado”, distinguiendo qué materias (así como actos, documentos, informaciones, datos y objetos sobre las mismas) son secretas y cuáles son reservadas. Así, en el punto primero del Acuerdo se dispone que,

“Se otorga con carácter genérico la clasificación de secreto a las materias que se relacionan a continuación, así como a los actos, documentos, informaciones, datos y objetos sobre las mismas, cuya revelación no autorizada puede dañar o poner gravemente en riesgo la seguridad y defensa de España o de sus aliados y amigos así como los intereses políticos, sociales, económicos y comerciales y las relaciones diplomáticas con terceros países,

1.- Posiciones básicas de España y estrategias en negociaciones políticas, de seguridad, económicas y comerciales que conciernan a los intereses esenciales del Estado tanto en el ámbito bilateral como en la Unión Europea, la Organización del Tratado de Atlántico Norte, el sistema de Naciones Unidas, la Conferencia Iberoamericana u otras

Organizaciones y Conferencias Internacionales.

2.- Información sobre posiciones españolas en conflictos internacionales o internos de naturaleza política, social, económica o comercial que puedan comprometer los intereses españoles o su capacidad de interlocución con terceros países.

3.- Información relativa a la actuación de grupos terroristas y movimientos a ellos asociados, delincuencia organizada y tráfico de drogas, personas y armas con implicaciones o ramificaciones en España o en los países con los que España haya suscrito acuerdos sobre dichas materias o mantenga relaciones de amistad.

4.- Información relativa al despliegue de unidades de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado españolas y aliadas tanto en España como en misiones internacionales.

5.- Negociaciones y buenos oficios sobre secuestros y liberación de ciudadanos españoles o extranjeros así como la información relativa a las extradiciones o traslado de personas condenadas.

6.- Contactos de mediación o buenos oficios llevados a cabo por España con terceros países y con grupos y líderes de oposición para facilitar procesos de paz y la promoción o defensa de los derechos humanos.

7.- Protección de Derechos Humanos, con especial incidencia en casos humanitarios especialmente sensibles y las gestiones con terceros países en este ámbito.

- 8.- *Cuestiones de asilo y refugio.*
- 9.- *Tramitación de beneplácitos de Jefes de Misión españoles y extranjeros.*
- 10.- *Información relativa a cuestiones que afecten a la soberanía, independencia y a la integridad territorial de España o de países amigos y a las posiciones de España sobre contenciosos de índole territorial inter-estatales o intra-estatales.*
- 11.- *Informaciones relativas a la aplicación de Acuerdos bilaterales o multilaterales sobre asuntos de seguridad y defensa suscritos por España, incluidas aquellas relacionadas con sobrevuelos, estancias y escalas de buques y aeronaves.*
- 12.- *Asuntos relacionados con los crímenes más graves de trascendencia internacional sobre los que pueda tener jurisdicción la Corte Penal internacional u otros Tribunales Internacionales y aquellos sometidos ante Tribunales españoles.*
- 13.- *La información relativa a los preparativos de los viajes de SS.MM. los Reyes y del Presidente del Gobierno y, cuando las circunstancias lo aconsejen, de los Ministros y otras autoridades del Estado.*
- 14.- *Las claves y material criptográfico”.*

Asimismo, en el epígrafe segundo del Acuerdo se establece que,

“A las materias antes reseñadas, así como a los actos, documentos, informaciones, datos y objetos sobre las mismas, se les otorgará el carácter genérico de reservadas cuando su revelación no autorizada pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa de España o sus aliados y amigos, los intereses, políticos, sociales, económicos y comerciales y las relaciones diplomáticas con terceros países. Se les otorgará igualmente la clasificación de reservado a las siguientes materias:

- 1.- Entrevistas con mandatarios o diplomáticos extranjeros con implicaciones para los intereses del Estado o las relaciones internacionales.*
- 2.- Gestiones de apoyo en las licitaciones de empresas españolas en el exterior y en contenciosos de especial gravedad que les afecten.*
- 3.- Candidaturas españolas a puestos en organismos internacionales”.*

De esta doble lista consideramos importante hacer varias precisiones. En primer lugar, se vuelve a constatar que el nivel de afectación de la seguridad del Estado y la defensa nacional necesario para clasificar determinadas materias no es el mismo a nivel constitucional que en la legislación de desarrollo. Así se pone de manifiesto en las referencias previas al Acuerdo y en los epígrafes del mismo ya que mientras en la Constitución se exige de manera efectiva esa afectación, las demás

referencias se hacen a un mero nivel potencial o de posibilidad que no aluden a la idea de certeza o inminencia del riesgo o daño exigido constitucionalmente y así se manifiestan en el sentido de que puedan o pudieran dañar, poner en riesgo o comprometer, por no hablar del art. 37 LRJPAC que permite la exclusión por el mero hecho de que la documentación contenga información sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado con independencia de cualquier otra apreciación del riesgo o peligro que su difusión suponga. En segundo lugar, que el grado de reserva con que se pueden clasificar documentos e información atiende únicamente a un matiz de “gravedad” en las repercusiones que se pueden derivar de su publicidad. Así se aprecia en el epígrafe primero y segundo del Acuerdo cuya redacción únicamente se distingue por el término “gravemente”. En tercer lugar, que con independencia de dicha apreciación de la gravedad, parece que se establece una doble lista tasada de asuntos que en cualquier caso se considerarán como susceptibles de ser clasificados en las categorías de “secretas” y “reservadas”. En cuarto lugar, se sigue sin dejar resuelto el problema de las equivalencias de clasificación con las realizadas por Organizaciones Internacionales o por terceros Estados cuando dichas equivalencias no sean posibles por la inexistencia en nuestro ordenamiento de determinadas categorías clasificatorias. Por último, se vuelve a cometer el error de no establecer *ope legis* un plazo determinado para la desclasificación o reclasificación, dejando al libre arbitrio de las autoridades competentes para la clasificación proceder en ese sentido y de esta manera, se deja dicho en el epígrafe séptimo del Acuerdo de manera imprecisa y vaga que la relación de materias clasificadas “será objeto de actualización periódica”.

No obstante y a pesar de mostrarnos críticos con el sistema de lista previsto en los Acuerdos, no se nos escapa la imposibilidad de agotar o de lograr un consenso en una lista tasada sobre las materias o acontecimientos que pueden poner en peligro la defensa nacional y la seguridad del Estado, pues al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados, siempre puede existir un hecho que implique un riesgo y que no pueda preverse de antemano o porque su propia subjetividad suponga distintas opiniones acerca de lo que puede implicar un riesgo o simplemente porque los riesgos, dadas las circunstancias históricas, políticas, culturales, etc., tienen de por sí una naturaleza cambiante. Quizás el problema radique precisamente en el hecho de que se clasifiquen materias susceptibles de producir un riesgo pero no que supongan una amenaza o un daño real y efectivo sobre la seguridad y la defensa. Personalmente nos decantamos porque la clasificación sea solo y únicamente de aquellas materias que no constituyan una hipótesis o posibilidad de daño, sino que hayan constituido o supongan un daño efectivo y cierto, o al menos que, en el caso de admitir el daño potencial o riesgo, éste solo se conciba en el campo de la seguridad, quedando el efectivo, patente y constatable para la defensa. Sería plausible y

evidentemente más prudente colocar la “línea defensiva” al nivel potencial de riesgo o amenaza, pero no podemos olvidar que nos encontramos en un ámbito en el que los grandes sacrificados son los derechos fundamentales, por lo que si queremos hacer una defensa a ultranza de éstos, no nos queda otra opción que establecer las premisas para que sean los últimos perjudicados o que solo lo sean en situaciones extremas. Sobre este aspecto, no obstante, se insistirá más adelante.

No ayuda tampoco demasiado el hecho de que en la actualidad se haya asumido con carácter generalizado los conceptos de “seguridad compartida” y “defensa colectiva” determinados por la percepción de que la seguridad y la defensa no son ya conceptos o valores que se defiendan individualmente, sino junto a otros países y organizaciones internacionales que tienen a su vez sus propios conceptos de seguridad y defensa. Además, estos conceptos engloban políticas de lo más variadas como la de defensa, la económica, exterior, social o ecológica de cualquier nación, más allá de la estrictamente policial o militar¹⁸⁸.

Por último, reseñar en la acotación del concepto de defensa nacional (aunque sea en sentido negativo), aquello que en cualquier caso no sería objeto de secreto y que se puede deducir de manera indirecta por lo dispuesto en el art. 4 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa nacional, en la que se atribuyen una serie de competencias a favor de las Cortes Generales, lo cual implica por sí mismo debate y publicidad. Por ello, consideramos que las siguientes materias no deberían ser objeto de clasificación, pues el legislador *a priori* ya ha considerado que deben ser objeto de debate público en el Parlamento. Así,

“1. A las Cortes Generales les corresponde:

- a. Otorgar las autorizaciones previas para prestar el consentimiento del Estado a obligarse por medio de los **tratados y convenios internacionales, así como las restantes autorizaciones previstas en el artículo 94.1.b)**¹⁸⁹ de la Constitución.*

¹⁸⁸ Dirección General de Política de Defensa. Política de Defensa y Seguridad, Ministerio de Defensa, SGT, 1993.

¹⁸⁹ “1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de Tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:...b) Tratados o convenios de carácter militar”. En el mismo artículo llama poderosamente la atención como distingue también a los “tratados de carácter político” y lo hace además como una categoría independiente o diferente de otros que contienen materias relativas a la defensa sobre las que se debate, como eje de esta tesis, su carácter político o no, como son los tratados o convenios de “carácter

- b. *Aprobar las leyes relativas a la defensa y los créditos presupuestarios correspondientes.*
- c. *Debatir las líneas generales de la política de defensa. A estos efectos, el Gobierno presentará las iniciativas correspondientes, singularmente los planes de reclutamiento y modernización.*
- d. *Controlar la acción del Gobierno en materia de defensa.*
- e. *Acordar la autorización a que se refiere el artículo 63.3¹⁹⁰ de la Constitución.*

2. *En particular, al Congreso de los Diputados le corresponde autorizar, con carácter previo, la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional, de acuerdo con lo establecido en esta Ley”.*

Preponderar el papel de las Cortes parece lógico, pues son ellas las depositarias de la soberanía nacional y si se desea que exista una cultura de defensa prevista en el art. 31¹⁹¹ de la misma Ley, en la que la Nación se sienta identificada con la misma (por ello se define a ésta como “nacional”), es necesario que la misma se debata y sea objeto de divulgación y qué mejor lugar que la sede donde se representan políticamente la voluntad de todos los ciudadanos.

No otra cosa se pretende al establecer la conexión entre la actividad clasificatoria del Estado y determinados estados excepcionales, vinculando en este caso la defensa con el estado de sitio pues las causas y consecuencias de éste último son, en gran medida, las que ponen en riesgo la defensa y activan su intervención. De esta vinculación, se puede sustentar la aplicación del régimen jurídico previsto en el art. 116.4 CE a la actividad clasificatoria del Estado en su mayor nivel de “secreto” cuando exista un riesgo o daño para la defensa, siendo entonces necesaria la declaración del Congreso por mayoría absoluta a propuesta del Gobierno. De esta forma, también se reconocería el control judicial expreso que hacen los arts. 55.2 y 55.3 CE que impediría una

militar” y aquellos que “afecten a la integridad territorial del Estado”. Parece, por tanto, que en función de este artículo, al menos en lo que atañe a la defensa, estaría excluido del ámbito de las decisiones estrictamente políticas.

¹⁹⁰ “Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz”.

¹⁹¹ “El Ministerio de Defensa promoverá el desarrollo de la cultura de defensa con la finalidad de que la sociedad española conozca, valore y se identifique con su historia y con el esfuerzo solidario y efectivo mediante el que las Fuerzas Armadas salvaguardan los intereses nacionales. Asimismo, el resto de los poderes públicos contribuirán al logro de este fin”.

limitación injustificada o abusiva de derechos fundamentales so pena de responsabilidad penal por violación de derechos y libertades reconocidos en las Leyes.

3.-La seguridad del Estado: Inexistencia de regulación jurídica expresa. Regulación “fraccionada” según la materia: Seguridad ciudadana, seguridad privada y Fuerzas y Cuerpos de seguridad. Vinculación con el estado de excepción.

A diferencia de la categoría anterior, no existe una normativa especial dirigida a la regulación de dicho concepto y el mismo solo aparece mencionado como el elemento adjetivo o adicional que puede determinar la activación de la defensa o de la actividad clasificatoria. En nuestra opinión, se trata de un término excesivamente amplio o general que puede condicionar multitud de actuaciones públicas cambiantes en el tiempo, pues la seguridad de suyo y los factores que la ponen en riesgo son cambiantes e incluso imprevisibles o desconocidos. Lo que ayer era inseguro hoy puede no serlo y viceversa, existiendo factores o circunstancias que a pesar de su apariencia inofensiva pueden suponer un riesgo considerable para nuestra seguridad. La seguridad plena es, por tanto, imposible e indiscernible, tanto por la aleatoriedad como por la imprevisibilidad de los factores que la ponen en riesgo. Por esta razón, ya hemos dicho que lo clasificable, o al menos lo clasificable como “secreto”, sería precisamente lo que supone o haya supuesto un daño efectivo, cierto y directo a la seguridad o la defensa y no un mero riesgo para las mismas, pues si optamos por esta última vía, es cierto que se estará desarrollando una tendencia más prudente y conservadora para con la seguridad, pero a costa del sacrificio de determinados derechos fundamentales. La cuestión que puede suscitar el acogimiento del daño o riesgo efectivo, cierto, grave e inminente como causa legitimadora de la actividad clasificadora en detrimento de la mera posibilidad del mismo es que el primer término, el que implica efectividad, inminencia o gravedad, supone la producción misma de una agresión o alteración de la seguridad con armas o con otros medios de acción violenta¹⁹². En el ámbito del acceso a la información, la clasificación no se produciría hasta que se produjera la agresión o el daño, por lo que aquélla perderá su carácter preventivo. Por tanto, parece que daño y riesgo efectivo y secreto se muestran como términos antagónicos pues el secreto será siempre una técnica *preventiva* del daño y no una *reactiva* ante el mismo. Solamente encontramos la compatibilidad del secreto y el daño o riesgo efectivo cuando la clasificación se haga *pro futuro o ad cautelam*,

¹⁹² En la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, se dan cantidad de supuestos en los que se prevé la intervención policial para el mantenimiento de la seguridad, pero *una vez que ya se ha producido* la alteración del orden y acciones violentas. Por tanto, la seguridad se despliega como un concepto ya no solamente preventivo sino eminentemente reactivo.

una vez constatada que la publicidad de determinadas informaciones ha dado lugar en circunstancias anteriores similares a daños y riesgos efectivos y patentes, de manera que no existiría duda en clasificar materias similares a las que produjeron el daño o el riesgo. Se trataría así, de una especie de clasificación basada en el precedente (judicial o histórico), siendo la publicidad la norma general en caso de que dicho precedente no existiera.

En la legislación española, encontramos referencias a estas circunstancias dentro del ámbito público, en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, así como la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Ya en el Preámbulo de la primera Ley se nos advierte que,

*“La seguridad pública constituye una competencia **difícil de parcelar**, toda vez que no permite delimitaciones o definiciones, con el rigor y precisión admisibles en otras materias. Ello es así porque las normas ordenadoras de la seguridad pública **no contemplan realidades físicas tangibles, sino eventos meramente previstos para el futuro, respecto a los cuales se ignore el momento, el lugar, la importancia y, en general, las circunstancias y condiciones de aparición**”.*

Y en el Preámbulo de la segunda Ley citada se mencionan una serie de “fenómenos colectivos” (sin determinar cuáles) que,

*“implican la aparición de **amenazas, coacciones o acciones violentas**, con graves repercusiones en el funcionamiento de los servicios públicos y en la vida ciudadana”.*

También es digna de mención, y aunque la seguridad se ejerza en régimen de monopolio por el sector público, la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, toda vez que se trata de un medio de prevención del delito y contribuye, por tanto, al mantenimiento de la seguridad pública como uno de los pilares de la convivencia y de la existencia misma de Estado moderno. Se incluirán los servicios privados de seguridad como servicios complementarios y subordinados respecto a los de la seguridad pública, pues los servicios que prestan forman parte del núcleo esencial de la competencia exclusiva en materia de seguridad pública atribuida del Estado según el artículo 149.1.29 CE, y en la misión que, según el artículo 104 del propio texto fundamental, incumbe a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Ello significa que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado han de estar permanentemente presentes en el desarrollo de las actividades privadas de seguridad, conociendo la información trascendente para la seguridad pública que en las mismas se genera y actuando con protagonismo indiscutible, siempre que tales

actividades detecten el acaecimiento de hechos delictivos graves y perseguibles de oficio. Las empresas y el personal de seguridad privada tendrán, por tanto, la obligación especial de auxiliar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, de prestarles su colaboración y de seguir sus instrucciones en relación con las personas, los bienes, establecimientos o vehículos de cuya protección, vigilancia o custodia estuvieren encargados.

Si con la defensa se hacía referencia a las Fuerzas Armadas y a la protección de España considerada como país o nación en cuanto a su integridad territorial y soberanía en relación con el art. 8 CE, parece que el término seguridad del Estado aparece con una mayor vinculación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y a la protección de la ciudadanía y el orden público en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 104 CE. Así, la propia L.O. 1/1992 hace mención en su Preámbulo a conceptos que ya vimos respecto a la defensa solo que esta vez, se habla de amenazas más que de agresiones dirigidas a la ciudadanía (que es al fin y al cabo la que constituye la Nación) y al funcionamiento de los servicios, más que a la soberanía e integridad territorial, disponiendo que,

*“La consideración de fenómenos colectivos que implican la aparición de amenazas, coacciones o acciones violentas, con **graves repercusiones en el funcionamiento de los servicios públicos y en la vida ciudadana** determina, a su vez, la necesidad de un tratamiento adecuado a la naturaleza de dichos fenómenos y adaptado a las exigencias constitucionales”.*

En cuanto a la finalidad de la seguridad ciudadana, viene también especificada con un carácter muy amplio en el citado Preámbulo al prever que la tarea de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrá como finalidad,

“proteger un ámbito de seguridad y convivencia en el que sea posible el ejercicio de derechos y libertades, mediante la eliminación de la violencia en las relaciones sociales y la remoción de los obstáculos que se opongan a la plenitud de dichas libertades y derechos”.

Dentro de las funciones o fines que comprende la protección de la seguridad, la citada Ley añade en su art.1 la tarea de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, garantizar la seguridad ciudadana, crear y mantener las condiciones adecuadas a tal efecto y remover los obstáculos que lo impidan, asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como la de prevenir la comisión de delitos y faltas, además de mencionar algunos ámbitos materiales en el que se despliega su actividad entre los que se citan los siguientes:

- La fabricación, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos.
- Las concentraciones públicas en espectáculos.
- La documentación personal de nacionales y extranjeros en España.
- Ciertas actividades de especial interés y responsabilidad para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (hospedaje, el comercio o reparación de objetos usados, el alquiler o el desguace de vehículos de motor, o la compraventa de joyas y metales preciosos, la navegación de embarcaciones de alta velocidad, la fabricación, almacenamiento y comercio de productos químicos susceptibles de ser utilizados en la elaboración o transformación de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y otras gravemente nocivas para la salud).
- La adopción de las medidas de seguridad necesarias en establecimientos e instalaciones industriales, comerciales y de servicios.

No es difícil colegir a tenor de los párrafos citados, que si la seguridad presenta como elemento teleológico primordial la protección de los derechos y libertades además de la prevención de los delitos y faltas, no se pueden violar por tanto esos derechos al albur de una supuesta protección de la seguridad, pues iría contra su propio espíritu. Asimismo, del propio texto del Preámbulo de la citada Ley, parece desprenderse que en cualquier caso, los derechos gozarán de prioridad en el hipotético caso de un enfrentamiento entre ambos.

La seguridad se menciona también en el Preámbulo de nuestra Constitución como un deseo de la Nación Española, para lo cual proclama su voluntad de garantizar la convivencia democrática, consolidar el Estado de derecho y colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra. En este sentido, y como ya dijimos, también el art. 104 CE habla de seguridad, si bien referida a la ciudadana y garantizada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Algunos autores han mantenido que ésta nada tiene que ver con la que por ellos se concibe, pues está dirigida a proteger el orden público por parte de las citadas Fuerzas y no a la integridad territorial del Estado y su soberanía atribuida a las Fuerzas Armadas. Vemos pues que las diferencias en principio se sustentan en torno a un criterio finalista (la protección del orden público frente a la integridad territorial del Estado y su soberanía) y a un elemento subjetivo (Fuerzas Armadas frente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), aunque ya se dejó constancia, especialmente con la legislación más reciente, de la interconexión existente entre ambas esferas por la yuxtaposición puntual de personal y competencias en determinadas intervenciones.

En este sentido, se ha planteado por un sector de la doctrina¹⁹³ si existe diferencia entre los términos seguridad del Estado y la defensa nacional o si ambos conceptos se refieren a un mismo bien jurídico. Según este sector, parece que el primer término alude a la defensa del Estado interna frente a amenazas internas y el segundo a la protección de la soberanía nacional frente a amenazas externas y acaba concluyendo que, en función de lo dispuesto en el artículo 2 LODN, la defensa nacional se trataría de un concepto más amplio en el que se puede aglutinar la seguridad del Estado en consecuencia con la jurisprudencia constitucional (STC. 52/1985, de 11 de abril) que mantiene que la exclusión de acceso a la información y el secreto se extiende tanto a aquellas informaciones que “afecten” a las relaciones exteriores como a la “seguridad interior” del Estado.

En la misma línea, otro sector doctrinal¹⁹⁴ propugna otras definiciones no tanto en función de la procedencia exterior o interior de las amenazas o agresiones, sino en cuanto al elemento teleológico. Así, se define la seguridad como la finalidad u objetivo que se desea conseguir, mientras que la defensa consiste en los medios (civiles y militares) que se utilizan para ello. La defensa militar haría referencia así a las Fuerzas Armadas y la defensa civil a todos los demás instrumentos.

Particularmente podríamos distinguir entre defensa nacional, como aquella actuación atribuida principalmente a las Fuerzas armadas (aunque con el posible apoyo puntual de las fuerzas civiles) ante cualquier amenaza exterior como interior contra la seguridad física de las personas, la integridad territorial del Estado y la soberanía nacional, *una vez que se ha producido una agresión* tanto interna como externa y,

¹⁹³ FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Op. Cit.*

¹⁹⁴ FELIU ORTEGA, L.: *Op. Cit.* p. 13. Así, sostiene que “la Defensa, en pura lógica, debería comprender todos los medios y acciones, civiles y militares, tendentes a conseguir o garantizar la Seguridad. Algunos países definen y diferencian perfectamente la Defensa Militar de la Defensa Civil, que no hay que confundirla con la Protección Civil, como a veces ocurre. En España, estos conceptos, aunque se intuyen, no están bien definidos y es frecuente mezclarlos e incluso confundir lo que son los objetivos o finalidad a lograr o preservar (La Seguridad) con las medidas para lograrla (La Defensa), empleando erróneamente Seguridad y Defensa como si fuera un concepto único o como si la Defensa fuera solo la Defensa Militar del Territorio y la Seguridad todo lo demás. Ni siquiera la citada Ley Orgánica de la Defensa nacional lo aclara, cuando debería ser el punto de partida para el resto de normativas”. Se apoya en otras definiciones como las que se contienen en la Doctrina del Ejército de Tierra (DO1-001) del año 2003, que establece que: “La Seguridad se define como el estado deseado por una sociedad, en el que pueda desarrollarse y prosperar libre de amenazas”. “La Defensa es la adopción práctica de medidas conducentes a mantener la seguridad deseada”.

la propia seguridad del Estado, como aquella finalidad perseguida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (con la colaboración extraordinaria de las Fuerzas Armadas) y que se plasma en la actividad *preventiva* dirigida *ad intra* de cara al mantenimiento de la convivencia, las relaciones pacíficas entre los ciudadanos y el desarrollo de los derechos y libertades por parte de los mismos. En nuestra opinión, el mantenimiento de la seguridad ciudadana y el orden público son factores que, de una manera más o menos directa, no dejan de redundar en la seguridad del Estado e incluso en la activación de los medios de la defensa nacional, especialmente en aquellos casos en que los altercados, desordenes o la propia inseguridad alcancen unas elevadas dimensiones. Por tanto, queremos dejar clara nuestra postura en cuanto que son conceptos diferentes y que conviene distinguir, pero estrechamente relacionados como dos caras de la misma moneda sobre los que se antoja excesivamente difícil hacer una separación conceptual tajante.

La defensa, en este sentido, aglutina tanto a las Fuerzas Armadas (defensa militar/Ministerio de Defensa) como a las de seguridad (defensa civil/Ministerio del Interior), actuando a veces conjuntamente tanto en conflictos bélicos como en acciones de ayuda humanitaria y de protección civil. Es el caso, por ejemplo, del art. 16.c), e) y f) de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa nacional que prevé como funciones propias de las Fuerzas Armadas respectivamente,

- El apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra el terrorismo y a las instituciones y organismos responsables de los servicios de rescate terrestre, marítimo y aéreo, en las tareas de búsqueda y salvamento.
- La colaboración con las diferentes Administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente.
- La participación con otros organismos nacionales e internacionales para preservar la seguridad y el bienestar de los ciudadanos españoles en el extranjero, de conformidad con los criterios de coordinación y de asignación de responsabilidades que se establezcan.

Asimismo, en los arts. 25, 27 y 28 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa nacional se prevé recíprocamente que la Guardia Civil, la Policía Nacional y Protección Civil en tiempos de conflicto bélico y durante la vigencia del estado de sitio, podrán actuar conjuntamente con las Fuerzas Armadas coordinados por el Consejo de Defensa nacional (CDN) y seguirán dependiendo del Ministerio del Interior. Por otra parte, el art. 22.1 de la citada Ley dispone que,

“El Gobierno establecerá los criterios relativos a la preparación y disponibilidad de los recursos humanos y materiales no propiamente militares para satisfacer las necesidades de la Defensa nacional en situaciones de grave amenaza o crisis, teniendo en cuenta para su aplicación los mecanismos de cooperación y coordinación existentes entre los diferentes poderes públicos”.

Entre estos medios no propiamente militares destacamos a su vez no solamente las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, sino el cuerpo diplomático, los miembros que integran la administración de justicia, el CNI, protección civil, bomberos, ONG, etc. que constituyen lo que se ha denominado el *soft power* de los medios e instituciones con los que cuenta el Estado para garantizar la seguridad, frente al *hard power* que engloba a las fuerzas armadas y la intervención bélica o las acciones de combate.

En cualquier caso, concluimos con el art. 1 LOSC y el art. 13 LOAES que la seguridad del Estado será todo aquello vinculado a la alteración de derechos y libertades, de las Instituciones democráticas, de los servicios públicos o el orden público. El nexo que encontrábamos entre la defensa y el estado de sitio lo hayamos ahora entre la seguridad y el estado de excepción, sirviéndonos para postular de nuevo un mayor protagonismo del Congreso en la actividad clasificatoria del Estado, aunque en este caso, y siguiendo lo dispuesto en el art. 116.3 CE, a través de una autorización previa del Congreso al Gobierno que clasificará en este caso la materia mediante un Decreto en su condición de “reservada”.

4.- Los instrumentos para el mantenimiento de la defensa y la seguridad confluyen en el fin; Daño, amenaza o riesgo real y efectivo frente a su mera hipótesis o probabilidad.

Llegados a este punto, cabría preguntarse pues si todas las materias enunciadas en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 o el de 15 de octubre de 2010 relacionadas con los conceptos tratados de defensa y seguridad podrán justificar la clasificación por parte del Consejo de Ministros por estar así enunciado en dichos Acuerdos, no habiendo por tanto margen para interpretación alguna. Determinados autores mantienen una postura contraria por ser conceptos demasiado genéricos que solo determinan objetivos¹⁹⁵. Sin embargo,

¹⁹⁵ SÁNCHEZ FERRO, S.: *Op. Cit.* p.252. La autora manifiesta que los objetivos políticos fijados en las Directivas de Defensa nacional son todavía demasiado vagos o genéricos como para poner en riesgo o dañar la defensa o seguridad del Estado en un sentido auténtico y privar a los ciudadanos de una información vital sobre la política del Gobierno en este campo. Por esta misma razón, su exclusión del conocimiento público es difícil de justificar. El secreto de las Directivas de Defensa nacional implica el

somos de la opinión de que la cuestión no estriba tanto en apreciar si las materias o asuntos se encuentran meramente englobados o relacionados con la defensa nacional (tanto en sus versiones civil como militar) o en la seguridad del Estado, sino en si suponen una amenaza o riesgo real y efectivo (*clear and present danger*) para ambos, más allá del riesgo potencial o hipotético que dispone la legislación al prever la mera posibilidad de que afecte a estos valores, tal y como dijimos que hace nuestro ordenamiento en el art. 37.5.b) LRJPAC que limita el derecho de acceso a la documentación por el mero hecho de que ésta “contenga” información sobre la seguridad del Estado o la defensa nacional o en el art. 2 LSO al referirse a “los asuntos.....cuyo conocimiento por personas no autorizadas **pueda dañar o poner en riesgo** la seguridad y defensa del Estado”). El legislador opta pues por utilizar preceptos demasiado indefinidos y que pueden provocar la polémica que, entendemos, podría verse reducida si en lugar de utilizar una fórmula potencial o hipotética en torno a la posibilidad del daño, el riesgo o el mero hecho de contener información sobre el tema de la defensa o la seguridad, hubiera utilizado términos más contundentes como el daño o la amenaza real y efectiva o el hecho de que la documentación se encuentre formal y fehacientemente clasificada para excluir su conocimiento.

Como ya se ha dicho, atendiendo a las circunstancias políticas, económicas, sociales, éticas, culturales, religiosas, geográficas, históricas, etc. de cada momento, las materias que suponían un riesgo pueden dejar de serlo y viceversa. E incluso son simplemente inexistentes por el estado de desarrollo de la ciencia (energía nuclear, medio ambiente, avances tecnológicos e informáticos, medicina, etc.). Es lo que la Estrategia Española de Seguridad (EES) de 2011 ha reflejado al distinguir tres categorías de riesgos en sus acepciones de “clásicos”, “nuevos” y “desconocidos”. Por tanto, la cuestión se torna sumamente difícil de acotar jurídicamente. En el caso de que se encuentre prevista legalmente, el trabajo se facilita para los Jueces, pero en aquellos supuestos en que la clasificación se haga en base a una apreciación discrecional del Gobierno y no como consecuencia de la subsunción de un supuesto de hecho previsto en la Ley a un caso determinado, la cuestión se torna polémica pues confluyen las apreciaciones del Gobierno y la del Poder Judicial sobre una materia determinada y su posible interpretación sobre el impacto o el riesgo que pueda suponer para la defensa y seguridad del Estado, si bien la interpretación judicial de la seguridad y la defensa y su posible puesta en riesgo que se deba hacer en aras del control no hará más que redundar en la seguridad jurídica en evitar la posible indefensión y la presunción

secreto sobre los objetivos básicos, generales, de la política de defensa del Gobierno, es decir, de lo que los anglosajones llaman expresivamente *Goals* de dicha política, metas que en nuestra opinión deben ser conocidas por los ciudadanos y pueden y deben ser discutidas en el seno de la comunidad (así lo impone el art. 1.3 CE).

iuris et de iure de la legalidad en la actuación del Gobierno y en un enriquecimiento de la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados, evitando el monopolio interpretativo de los mismos por parte del Gobierno, no teniendo la discrepancia interpretativa mayores consecuencias que la posible invitación judicial al Gobierno para que se produzca el replanteamiento y la nueva motivación en la decisión clasificatoria o desclasificatoria.

Por si la indeterminación no fuera suficiente, los riesgos que afrontan hoy las sociedades occidentales son de carácter “multidireccional” y “multifacético”, tal y como ha puesto de manifiesto el Libro Blanco de Defensa de 2000. Asimismo, la mencionada Estrategia Española de Seguridad de 2011 define como “amenaza” *toda aquella circunstancia o agente **que ponga** en peligro la seguridad o estabilidad de España*. Entre ellas enumera las siguientes:

- Conflictos armados.
- Terrorismo.
- Crimen organizado.
- Inseguridad Económica y Financiera.
- Vulnerabilidad energética.
- Proliferación de armas de destrucción masiva.
- Ciberamenazas.
- Flujos migratorios no controlados.
- Emergencias y catástrofes.
- Infraestructuras, suministros y servicios críticos.

A su vez, define “riesgo” como *la **contingencia o probabilidad** de que una amenaza se materialice produciendo un daño*. Son precisamente esos riesgos los que se deben apreciar por el Gobierno para proceder a clasificar una materia, siendo el riesgo una circunstancia de apreciación subjetiva, pues éste depende en gran medida del perfil de aquel que lo aprecia en un cálculo de probabilidades. Lo que para unos puede constituir un serio riesgo, para otros ni siquiera debe ser tomado en consideración. Todo dependerá del poder o la fuerza, los respaldos o aliados, la temeridad de los actores implicados, así como los antecedentes u otras circunstancias de distinta índole mencionadas anteriormente. En cualquier caso, la EES ubica de manera común tanto las amenazas como los riesgos en lo que define como “ámbitos” y que circunscribe a seis: el terrestre, marítimo, aéreo, espacial, informativo y el ciberespacio.

Como quiera que sea, y con independencia de las múltiples interpretaciones que se den a los términos, lo que sí queda patente con la normativa vigente en materia de secretos es que bastará, por tanto, el que se aúnen dos circunstancias para que el Gobierno esté legitimado para la clasificación:

1.- Que exista un riesgo, una mera probabilidad de que se produzca una contingencia o daño.

2.- Que el asunto tenga una relación con la defensa nacional o la seguridad del Estado, en los términos que hasta ahora se han analizado.

Y todo ello siempre que no entre en juego la posible vulneración de un derecho fundamental, pues en ese caso se debería ponderar qué bien jurídico sería susceptible de una mayor protección, pues el posible daño a un derecho fundamental también supone un factor en sí mismo de riesgo o peligro contra la defensa y la seguridad del Estado aunque éste pueda parecer más remoto. Como ya se dijo, es precisamente la protección de los derechos y libertades una de las finalidades de la seguridad por lo que parece contradictorio el hecho de que la misma seguridad se erija como elemento que legitime la vulneración de los derechos y libertades públicas reconocidas en la Constitución.

No es por tanto, el ordenamiento jurídico español excesivamente riguroso o exigente sobre la materia a la hora de legitimar al Gobierno para realizar una clasificación y extraer la información del conocimiento del público. No obstante, la clasificación en secretos y reservados según la gravedad o importancia del contenido de la información, el plazo al que está sometido la misma, así como el señalamiento de procedimientos para determinar periódicamente la conveniencia de la reclasificación o desclasificación del material clasificado (ex. art. 3 del Decreto 242/1969) podrían paliar esa excesiva facilidad clasificatoria del Gobierno y la gravedad que supone en un Estado democrático la exclusión de los ciudadanos del conocimiento de determinados asuntos públicos¹⁹⁶. Siguen existiendo lagunas considerables en estos aspectos mencionados como el establecimiento de periodos de tiempo fijos en que las materias se verán desprovistas automáticamente del marchamo de reservadas o secretas o que lo hagan porque hayan dejado de afectar de manera efectiva y patente a la seguridad del Estado o la defensa nacional (desclasificación *ope legis*), no haciendo depender este acontecimiento

¹⁹⁶ SÁNCHEZ FERRO, S.: *Op. Cit.* pp. 272 y 273 considera que solamente se deberían clasificar las materias que afecten a la defensa y seguridad del Estado, atendiendo a lo previsto por el art. 105 CE, interpretando el verbo “afectar” como menoscabar, perjudicar o influir desfavorablemente. Asimismo, invoca el derecho comparado (legislación alemana y norteamericana) en el que se exige un daño grave o cuanto menos identificable para poder proceder a la clasificación. En la interpretación que nosotros hemos hecho de los bienes en juego, hemos ido un poco más allá, al menos en lo que respecta a la defensa, pues hemos considerado deseable el hecho de que se produzca un daño efectivo y cierto para permitir la clasificación de manera legítima, o, al menos, en su condición de “secreto”, siendo suficiente en el ámbito de la seguridad la existencia de una mera amenaza o riesgo (aunque también efectivo o cierto) para permitir la clasificación de la información en su condición de “reservada”.

de la voluntad de la autoridad encargada de la clasificación como ocurre con el régimen jurídico actual (desclasificación formal). Ello acarrea indudablemente un sistema clasificatorio más rígido y menos garantista con los derechos de acceso a la información, pues está impidiendo la obligación de proceder a la reclasificación por parte de los órganos competentes una vez transcurrido un tiempo determinado o desaparecidas las circunstancias justificadoras de la clasificación y dando lugar a un sistema de reserva perpetuo en la práctica, pues la desclasificación quedará en manos o al libre arbitrio de aquéllos que por lo general se encontrarán desbordados por la excesiva cantidad de material almacenado o que simplemente no se plantearán ni por asomo la ingente tarea de la revisión de los asuntos que en su día se clasificaron¹⁹⁷, posiblemente debido a una inercia burocrática más que por una afectación real de la seguridad y la defensa.

Además de esos ámbitos definidos y por definir por parte del legislador, algunos autores¹⁹⁸ se muestran partidarios de la elaboración por aquél de listas tasadas o categorías dentro de las cuales deben enmarcarse las informaciones clasificadas. Consideramos al respecto que se trataría de volver al sistema “fallido” del Acuerdo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 o del Acuerdo de 15 de octubre de 2010 y que tratándose de unos conceptos tan amplios o genéricos sería casi imposible acotar esas categorías. Igualmente, aunque en el ámbito penal, el legislador está obligado, en aras de la seguridad jurídica, a definir el núcleo de bienes que el constituyente ha pretendido tutelar con los términos traición y seguridad del Estado y las características esenciales de aquellas acciones que pudieran lesionar tales bienes jurídicos. De otra parte, cabría preguntarse qué ocurriría en el posible caso de que un asunto pusiera en peligro la seguridad y defensa del Estado pero no se encontrase en esa lista de categorías o informaciones previstas en una

¹⁹⁷ En este sentido, queremos traer a colación el asunto *Kennedy contra Hungría*, en el que el TEDH dictó sentencia en un caso en que el demandante, en su condición de investigador del funcionamiento de los servicios secretos en los antiguos países comunistas, demandó a las autoridades húngaras por haberle impedido el acceso a material clasificado como secreto pero al que no se le había renovado la clasificación, existiendo además un pronunciamiento judicial que reconocía dicho derecho. El TEDH consideró vulnerados los arts. 6 CEDH (derecho de acceso sin dilaciones indebidas), 10 CEDH (libertad de expresión) y 13 CEDH (inexistencia de un procedimiento expreso para garantizar el derecho de acceso).

¹⁹⁸ ÁLVAREZ CONDE, E.: “La necesidad de una reforma: Los secretos de Estado tras las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997”, en *Acceso Judicial a la obtención de datos*, Cuadernos de derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1998, p.90 y BACIGALUPO SAGESSE, M.: “La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

hipotética Ley. ¿Descartaríamos en ese caso su clasificación? En cualquier caso, el Gobierno seguiría teniendo la última palabra en cuanto a la decisión de clasificar un dato o información.

Por nuestra parte, volvemos a insistir en que en la elaboración de esa lista sería conveniente la consideración del *daño o amenaza* cierta, efectiva e inminente como causa legitimadora de la actividad clasificadora en detrimento de su mera hipótesis o posibilidad. Bien es cierto, como ya se ha dicho, que en el ámbito del daño efectivo, implica la producción misma de una agresión o alteración de la seguridad con armas o con otros medios de acción violenta y en el ámbito del acceso a la información, la clasificación no se produciría hasta que se produjera la agresión o el daño, por lo que aquélla perdería su carácter preventivo. Por otra parte, quizás fuese excesivo en lo que atañe a la seguridad, que al configurarse como una actividad preventiva, parece más cercana a la idea del riesgo o la amenaza. Por tanto, parece que daño efectivo y secreto se muestran como términos antagónicos, pues el secreto será siempre una técnica preventiva del daño y no una reactiva ante el mismo. Solamente encontramos la compatibilidad del secreto y el daño efectivo cuando, como ya dijimos, la clasificación se haga *pro futuro*, una vez constatada que la publicidad de determinadas informaciones ha dado lugar a daños efectivos y patentes, de manera que no existiría duda en clasificar materias similares a las que produjeron el daño. Se trataría así, de una especie de clasificación basada en el precedente (judicial o histórico), siendo la publicidad la norma general en caso de que dicho precedente no existiera. Algo parecido, en suma, a lo que se produce en el ámbito judicial al utilizar la jurisprudencia a la hora de resolver los casos que se le plantean a tenor de las palabras del magistrado XIOL RÍOS en el FJ. Sexto de su voto particular a la STS. de 4 de abril de 1997¹⁹⁹.

5.- El precedente judicial o histórico, así como la valoración judicial de pruebas, indicios o circunstancias como posible solución a la indeterminación de los conceptos.

¹⁹⁹El magistrado XIOL RÍOS en el FJ. Sexto de su voto particular a la STS. de 4 de abril de 1997 estima que “finalmente, la experiencia jurisdiccional de los últimos años nos enseña que, particularmente en estas cuestiones que están en estrecha relación con el nervio del Estado y en las que la experiencia jurídica y la elaboración legislativa es poca, debe existir una preocupación no sólo por resolver el caso concreto, sino por fijar «estándares» (utilizo con toda intención esta palabra un tanto ajena a nuestro lenguaje, pero no a nuestra común cultura jurídica con otros países) y anticipar «criterios» que, sin salirse del ámbito propio del examen y la resolución de la controversia judicial, que nos viene impuesto por nuestra función, nos permita hacer uso del valor orientador de la jurisprudencia”.

Quizás podamos acudir, en tanto se definen definitiva o de manera consensuada los conceptos constitucionales de seguridad del Estado y la defensa nacional, a lo establecido por la jurisprudencia en el ATS. de 9 de marzo de 1998 mencionado en Capítulos anteriores y que interpreta la expresión “delito contra la seguridad del Estado” como los que se refieren a,

“a aquellos hechos que, aún sin contenido bélico y sin la cualificación extrema de los calificables como delitos de traición , supongan un peligro grave contra el Estado por medio de un delito grave de contenido político, que son los únicos que pueden justificar la intervención del Congreso de los Diputados como requisito de procedibilidad, como son aquellos que **atentan contra las altas instituciones u órganos del sistema político español o contra las personas que lo encarnan, entre otros, los que comprometen la paz o la independencia del Estado, algunos de los relativos a la defensa nacional o de los que atacan contra la comunidad internacional, los de rebelión o sedición o contra la Corona u otras instituciones del Estado, incluso los de pertenencia o dirección de banda armada** como el que nos ocupa, pero siempre teniendo en cuenta la gravedad y el carácter político del hecho por sus circunstancias específicas”.

Asimismo, también la STS. de 4 de abril de 1997 se pronuncia al respecto cuando entra a discernir, en relación con la actividad clasificatoria del Consejo de Ministros de los papeles del CESID, si se ha producido afección al bien de la seguridad del Estado, manifestando que,

“La justificación de la atribución de esta potestad al ámbito de la actuación política del Gobierno se encuentra en que una excepción de la trascendencia de la que hemos descrito solamente puede moverse en las zonas más altas y sensibles, atinentes a la **permanencia del orden constitucional**, entendido éste como un todo regulador y definidor de las sustanciales formas políticas y jurídicas de **convivencia ciudadana** en el ámbito nacional español, frente a quienes por medios violentos pretenden atacar contra su subsistencia, mediante ataques a su **seguridad interior o exterior**.

Este es el sentido de preceptos constitucionales como el artículo octavo, cuando afirma la necesidad de «garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional», del que es reflejo el artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 julio (RCL 1980\1558 y ApNDL 3511), por la que se regulan los Criterios Básicos de la Defensa nacional, en el que se nos dice que la defensa nacional «tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional... en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución».

Estos contenidos legales y la afirmación antes hecha de sustancial referencia de la seguridad y defensa del Estado a la noción de permanencia del orden constitucional, permiten que de ellos rezume una primera e importante conclusión: la documentación cuya desclasificación se solicita forma parte de la que merece ser calificada legal y constitucionalmente como **afectante a la seguridad y defensa del Estado** y, por eso, acreedora a su calidad de secreta, **puesto que se integra en el conjunto de estudios, medidas, informaciones, decisiones o acciones dirigidas a que el Estado haga frente a una actividad terrorista, cuya finalidad es alterar el orden constitucional**, utilizando como uno de sus medios la violencia contra la vida e integridad física de las personas e ignorando el sistema específico de reforma regulado en el Título X de la propia Constitución”.

Apreciamos en esta sentencia la delimitación de la materia de la seguridad del Estado y la defensa, pero además, y es esto lo que consideramos más importante, se intuye que la clasificación se determina en función de un elemento fáctico determinado por una actividad previa (en este caso la terrorista) que ha demostrado con creces, en función de actuaciones precedentes, ser fuente de daños efectivos y atentados constatados contra la seguridad y la defensa, tal y como expresa la sentencia, “utilizando como uno de sus medios la violencia contra la vida e integridad física de las personas e ignorando el sistema específico de reforma regulado en el Título X de la propia Constitución”. Por tanto, ya no es una materia que supone un mero o hipotético riesgo o amenaza contra la seguridad, porque está plenamente constatado que ese riesgo se ha franqueado con creces en acontecimientos acaecidos en el pasado y que, por actuaciones o experiencias anteriores, se puede considerar como una auténtica amenaza productora de daños, lo que legitimará en última instancia la citada clasificación.

Por tanto, y antes de proceder a la clasificación o no desclasificación de una materia, habrá que preguntarse si existen precedentes (judiciales o históricos) en los que la publicación de información sobre determinados aspectos de la misma produjo daños o consecuencias negativas para la paz, la independencia o la integridad territorial del Estado, así como, especialmente, contra su orden constitucional. De esta manera, se podrá tomar una decisión justa fundada en auténticas amenazas y siempre que no se trate de encubrir presuntas actividades delictivas por parte de las propias autoridades del Estado, en cuyo caso habrá que denunciar el asunto con independencia de cuáles sean esas amenazas o daños, y en su caso, decidir sobre la posible publicidad de la misma.

Asimismo, puede resultar interesante a los efectos, el hecho de que sean los propios Jueces los que valoren esa efectividad del riesgo o amenaza a través de la solicitud de pruebas y la valoración de indicios o la apreciación de las distintas circunstancias de cada caso. En este sentido, y aunque referente al ejercicio del derecho de reunión dentro de los cauces legalmente establecidos, se manifestó el Auto de la Audiencia Nacional de 4 de octubre de 2012, en relación a los incidentes provocados por el movimiento 11-M en los alrededores del Congreso y en la que se concluyó, una vez valoradas por el Juez instructor una serie de pruebas (testificales, informes, grabaciones, actas, etc.), que no se dan los tipos de los arts. 493, 494 y 495 CP pues los altercados no revisten la suficiente gravedad, no suponen la materialización de la invasión de la sede del Congreso o ni siquiera la alteración de su normal funcionamiento, no siendo suficiente la presunta intencionalidad, la

posibilidad de que el hecho se produjese o que se porten instrumentos peligrosos para justificar suficientemente el sacrificio del derecho de reunión, decretando el archivo de las actuaciones pues las convocatorias origen de las diligencias no suponían delito alguno. En sentido contrario, mencionaremos la sentencia del Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia (EE.UU.) de fecha de 21 de mayo de 2013. La asociación “Judicial Watch” interpuso una demanda ante el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia por vulneración de la Freedom Information Act (FOIA. 1966) por parte del Gobierno norteamericano como consecuencia de la denegación de la Agencia de Inteligencia norteamericana (CIA) de facilitar las 52 fotografías del cadáver de Osama bin Laden, al alegar esta última que las imágenes estaban clasificadas como alto secreto (“Top secret”). “Judicial Watch” argumenta que la denegación no se encuentra amparada en la “Freedom Information Act” por cuanto que considera que la difusión de las imágenes en ningún modo pueden poner en serio riesgo la seguridad nacional, tal y como se consideró por parte de la CIA para justificar la denegación, ya que “Al Qaeda y sus seguidores no necesitan una razón específica para incitar a la violencia, y que cualquier alegato en cuanto a que las personas provocaran actos de violencia una vez vistas las imágenes sería una mera especulación”. Asimismo, prosigue en su alegato manteniendo que las declaraciones del Gobierno no demostraban más que la divulgación de las imágenes podía causar “que algunas personas que no muestran simpatía por los Estados Unidos cometieran actos de violencia más allá de las fronteras, y que el Tribunal no debe sucumbir ante tal clase de extorsión”. Por último, invoca defectos formales en la clasificación de la documentación por cuanto que no se realizó por la autoridad competente y que aquella se realizó después de que la CIA recibiera la demanda por violación de la FOIA. La Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia termina por fallar la desestimación del recurso en consideración de que la clasificación es ajustada a derecho por cuanto que los argumentos esgrimidos en la causa por el Gobierno norteamericano son, según su criterio, “lógicos” y “plausibles” y que no lo hace en función de meras predicciones en base a declaraciones vagas o generales, sino en función de ejemplos “específicos” y “razonablemente similares” al caso sometido a su jurisdicción. Asimismo, declara que no aprecia infracción formal o procedimental alguna en la clasificación de las fotografías solicitadas“..(concluding that the derivate classification of a document was proper by examinig specific provisions of a CIA classification guide that the agency had provided to the court)”.

CAPÍTULO VI

“CLASIFICACION” POR LEY. ESPECIAL REFERENCIA A LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA Y LOS GASTOS RESERVADOS

1.- Materias “clasificadas” por su naturaleza como “secreto” o “reservadas” por el Ejecutivo frente a las “calificadas” por el Legislativo como “secretas” mediante Ley; 2.- Propuesta de que el Gobierno clasifique las materias que ponen en riesgo efectivo la seguridad como “reservadas” previa autorización del Congreso y que éste último sea el que clasifique como “secreto” las materias o asuntos que supongan una agresión a la defensa; Control judicial del acto de valoración del Ejecutivo frente al control de una Ley. Posible inconstitucionalidad de la Ley si no responde a la protección de la seguridad del Estado o la defensa nacional; 3.- Ejemplos representativos, especialmente en la Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los Créditos destinados a Gastos Reservados y la Ley 11/2001, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia;

1.- Materias “clasificadas” por su naturaleza como “secreto” o “reservadas” por el Ejecutivo frente a las “calificadas” por el Legislativo como “secretas” mediante Ley.

Hemos visto hasta aquí la posibilidad de excluir a los ciudadanos del conocimiento de determinados asuntos como consecuencia de una clasificación previa llevada a cabo por el Consejo de Ministros o la JUJEM (aunque en este último caso con los reparos que se mencionaron). Según el art. 1.1 LSO, esos asuntos se corresponderían con aquellas materias expresamente declaradas como “clasificadas” por su “naturaleza” y que, a su vez, podrían serlo en la condición de secretas o reservadas atendiendo a la importancia o trascendencia que tuviese la información y la necesidad de preservarla con un mayor o menor rigor del conocimiento público, aunque sin establecer criterios ciertos para determinar esa importancia.

Sin embargo, no es esta la única manera en que se puede proceder a la mencionada exclusión del conocimiento público de la información, pues existe en nuestro ordenamiento jurídico otra vía distinta en el que el protagonismo lo adquieren las Cortes, ya que son éstas las que, a través de una Ley, se encargan de proceder a la citada exclusión, sin necesidad de que la materia sea clasificada expresamente con carácter previo²⁰⁰. Así se manifiesta en el art.1.2 LSO al establecer

²⁰⁰ COUSIDO GONZÁLEZ, M^º.P.: *Op.cit.* considera que, además en este tipo de clasificación, solo puede incluirse aquello que va a ser secreto y no lo que podría ser materia reservada ya que el art. 1.2 LSO (“materias que tengan por Ley el carácter de secretas”) debe leerse restrictivamente por afectar al derecho a la transparencia informativa de los ciudadanos.

que “tendrán carácter *secreto*, *sin necesidad de previa clasificación*, las materias *así declaradas por Ley*”. Por tanto, en nuestro sistema jurídico existe una clasificación del Ejecutivo de asuntos bien en “secretos” o “reservados” y una clasificación, o con mayor propiedad, una “calificación” o “declaración” por parte del Legislativo de determinadas materias, aunque en este caso solo como secretas²⁰¹. En el primer ámbito, existe una Ley como presupuesto en función de la cual se procede a la clasificación, mientras que en el segundo, es la Ley misma la que realiza la clasificación o calificación de la materia sin que exista, por tanto, acto posterior de aplicación expresa de la misma para determinar su naturaleza excluyente de cualquier tipo de publicidad.

A diferencia de la clasificación practicada por el Consejo de Ministros, en el que se debía proceder a la apreciación de un riesgo, parece que en este caso, la apreciación se realizará por las Cortes (es decir, por los representantes de la Nación) y de cuyo resultado se derivará también una clasificación, si bien en este caso especial, pues se entiende como aquella que realiza una Ley y no como el acto material posterior (al que alude el art.1.1 LSO) que plasma la posibilidad legal de la misma. En puridad por tanto, más que un acto de “clasificación”, lo que las Cortes llevan a cabo es una “calificación” de una materia como secreta, quedando reservado al Gobierno o la JUJEM en exclusiva el acto de clasificación de una materia, pero en este caso además, tanto reservada como secreta según los términos de los artículos 1.1 y 10 LSO y 11 RSO²⁰². Si con la calificación legislativa se establecen categorías

²⁰¹ Y ello, a pesar de que el art. 3 LSO define que “las materias *clasificadas* serán *calificadas* en las categorías de secreto y reservado en atención al grado de protección que requieran”, de lo que se colige que para la Ley de Secretos Oficiales vigente, tanto una categoría clasificatoria como otra requieren sendos actos de calificación, lo cual parece contradictorio con lo dispuesto en el propio art. 1.2 LSO que parece reservar el concepto de “calificación” solamente a las materias secretas por obra de la Ley (pues éstas no requieren de acto clasificatorio previo). De esta manera, estimamos que una materia no podrá ser clasificada y calificada por el Ejecutivo al mismo tiempo en su condición de secreta o reservada, pues con el régimen jurídico vigente o se clasifica por el Ejecutivo en secreto o reservada o se califica por el Legislativo como secreta.

²⁰² Art. 1.1: “Los Órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rijan su actuación, salvo los casos en que por la naturaleza de la materia sea ésta declarada expresamente clasificada, cuyo secreto o limitado conocimiento queda amparado por la presente Ley”.

Art. 10: “1. Las calificaciones a que se refiere el artículo 4, en cualquiera de sus grados, se conferirán mediante un acto formal y con los requisitos y materializaciones que reglamentariamente se determinen. 2. La declaración de materias clasificadas no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos

genéricas como secretas (véase por ejemplo, los créditos destinados a gastos reservados), siendo posteriormente el Consejo de Ministros el que deberá dictar actos concretos en aplicación de esas Leyes en distintos ámbitos sectoriales, con la clasificación del Consejo de Ministros lo que se suscita es la aplicación de una Ley (la de Secretos Oficiales) que no establece categorías de materias que pueden ser objeto de clasificación, sino simplemente la potestad genérica del Consejo de Ministros (o la JUJEM) para clasificar, por lo que el Consejo de Ministros (y no las Cortes) será en este caso el que gozará de carta blanca para determinar cuáles sean esas materias mediante actos concretos en forma de resoluciones, acuerdos, etc. Y ello con un matiz importante. Mientras que en la clasificación llevada a cabo por las Cortes no será necesario acto previo de clasificación, en la realizada por el Ejecutivo sí será necesario el mismo, de lo que se concluye en buena lógica a su vez que, como se verá más adelante, para acceder al material clasificado por las Cortes no se requerirá acto previo de desclasificación, pues no existe en puridad material clasificado.

En una primera y rápida reflexión sobre el asunto, consideramos en cualquier caso, que la “calificación” legislativa cobraría una mayor legitimidad que la realizada por el Gobierno, y no digamos ya si aquella procede de la JUJEM, aunque ya hemos argumentado que esta última ha dejado de cobrar sentido por su inexistencia actual como órgano administrativo. Las Cortes gozarán del respaldo del conjunto de los representantes de la Nación y no por una parte de la misma, como pueda ocurrir en el caso del Gobierno o por un órgano meramente administrativo como la JUJEM con funciones asesoras cuya representación se circunscribía prácticamente al ámbito castrense. Por tanto, si con la defensa y la seguridad se quiere proteger a la Nación y a los ciudadanos que la integran, estimamos lógico y consecuente que sea

Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas. 3. Las materias clasificadas llevarán consigo una anotación en la que conste esta circunstancia y la calificación que les corresponda conforme al artículo 3. 4. Las copias o duplicados de una materia clasificada tendrán el mismo tratamiento y garantía que el original y solo se obtendrán previa autorización especial y bajo numeración”.

Art. 11: “1. Las personas facultadas para tener acceso a una materia clasificada quedarán obligadas a cumplir con las medidas y prevenciones de protección que reglamentariamente se determinen, así como las particulares que para cada caso concreto puedan establecerse. 2. Corresponde a los órganos señalados en el artículo 4 conceder en sus respectivas dependencias las autorizaciones para el acceso a las materias clasificadas, así como para su desplazamiento fuera de las mismas. 3. A toda persona que tenga acceso a una materia clasificada se le hará saber la índole de la misma con las prevenciones oportunas”.

la Nación la que respalde esa defensa y las medidas para articularla y que con su aquiescencia, aunque sea de manera indirecta o mediata, se aprueben una serie de medidas dirigidas a esa finalidad. No parece que así se desprenda de las decisiones del Ejecutivo por cuanto que sus decisiones tendrán siempre un matiz de imposición ajeno al debate y la plena legitimidad de la que gozan por antonomasia las Cortes como órgano de representación general.

Por último, y antes de entrar en una de las propuestas que se desean aportar en la presente tesis, no queremos dejar de pronunciarnos sobre otra faceta importante que diferencia este modo de clasificación (o, si se quiere, calificación) del que representa el realizado por el Consejo de Ministros o la JUJEM. Si más adelante vamos a sostener con determinados argumentos que los actos de clasificación del Ejecutivo son actos meramente ejecutivos de la normativa vigente sobre la materia y que los actos clasificatorios del Consejo de Ministros serán actos del Gobierno pero no políticos o de dirección política, con los actos clasificatorios del Legislativo no ocurre lo mismo, pues en este caso las Cortes Generales (a través de iniciativa propia o a instancia del Gobierno) estarán ejerciendo una de las actividades que tradicional y jurisprudencialmente ha sido tratada como acto político por excelencia cual es la iniciativa legislativa. Ello también comportará diferencias a la hora del control de estos actos, pues si para los actos del Ejecutivo postulamos la posibilidad del control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, tanto en aspectos reglados como sobre el fondo del asunto, estimamos que en el caso de la clasificación o calificación de las Cortes Generales la forma de control natural será el representado por el Tribunal Constitucional a través del correspondiente recurso de inconstitucionalidad mediante la revisión del fondo del asunto, especialmente si la calificación se ha respondido efectivamente a razones de protección de la seguridad del Estado o la defensa, mientras que la jurisdicción ordinaria o contencioso-administrativa representará un papel en todo caso residual para el control de las posibles infracciones de los aspectos procedimentales que se hayan podido dar en la tramitación del correspondiente proyecto o proposición de Ley ex. Art. 1.3.a) LJCA y arts. 58.1ª y 74.1 LOPJ.

2.- Propuesta de que el Gobierno clasifique las materias que ponen en riesgo efectivo la seguridad como “reservadas” previa autorización del Congreso y que éste último sea el que clasifique como “secreto” las materias o asuntos que supongan una agresión a la defensa; Control judicial del acto de valoración del Ejecutivo frente al control de una Ley. Posible inconstitucionalidad de la Ley si no responde a la protección de la seguridad del Estado o la defensa nacional.

No podemos tampoco olvidar el hecho de que la plasmación jurídica de la “calificación” del Legislativo, como ya se ha dicho, toma forma de Ley, a diferencia del acto del Consejo de Ministros, cuya decisión dará lugar al correspondiente Acuerdo (la LSO menciona el rango que debe adoptar el acto clasificatorio del Ejecutivo en consonancia con el art. 25 LG, descartando así que las decisiones clasificatorias o desclasificadoras adopten la forma de Real Decreto, tal y como se prevé en el art. 25.c) de la misma Ley). Este hecho nos parece de suma importancia, pues entendemos que, en última instancia y en una interpretación del asunto llevada al límite, los actos de clasificación o desclasificación deberían adoptar en todo caso la forma de norma con rango de Ley ya que la limitación del contenido esencial de los derechos así debe hacerse. El art. 53.1 CE así parece exigirlo y no podemos olvidar que la clasificación de información siempre supondrá, al menos por “conexión” la limitación del derecho contemplado en el art. 20.1.d) CE (derecho a recibir información).

No parece, sin embargo, que el legislador haya optado por esta vía, permitiendo en la LSO la posibilidad de que a través de una mero Acuerdo del Consejo de Ministros o de una resolución administrativa de la JUJEM se puedan limitar derechos fundamentales como el citado o los que se vieron en el Capítulo IV. Este hecho, junto con la polémica suscitada en torno a la posibilidad o no de someter estas decisiones al control judicial, podrían plantear una posible reflexión en cuanto a la constitucionalidad de la propia Ley de Secretos Oficiales. Ya veremos más adelante como, en cualquier caso, la STS. de 4 de abril de 1997 descartó la inconstitucionalidad de la citada Ley en lo que respecta al hecho de posibilitar la limitación de los derechos fundamentales de manera puntual por parte del Gobierno especialmente en cuanto a la restricción de la publicidad de la acción estatal para preservar la existencia misma del Estado. Sin embargo, aquí lo que se plantea no es la inconstitucionalidad fundamentada en esta causa, pues es innegable que no hay derechos fundamentales absolutos o ilimitados, sino en la manera de hacerlo. El Gobierno podría también limitar los derechos, pero la LSO debería haber especificado que los actos clasificatorios como limitadores de derechos fundamentales, al menos en lo que a su contenido esencial se refiere, deberían haberse hecho mediante normas con rango de Ley a través de la iniciativa legislativa recogida en los arts. 86, 87 y 88 CE. En ese caso, sí que los actos clasificatorios y desclasificadoros adquirirán el carácter político que ahora consideramos que no tienen y que algún sector de la doctrina le ha pretendido dar, ya que su origen sería siempre un acto típico de esta naturaleza como es la iniciativa legislativa. Este carácter no se ha querido descartar en absoluto como algo inadmisibile *a priori* porque lo que se ha combatido o estigmatizado es dicha naturaleza con el régimen jurídico actual especialmente como pretexto para excluir del control judicial a los actos clasificatorios y desclasificadoros, cuando además, si fuera el Poder

Legislativo el que realizara estos actos, también serían susceptibles de dicho control, pues cualquier denegación del derecho de acceso a la información debería estar justificada en una causa admisible en derecho.

Asimismo, no podemos olvidar el riesgo que comportan y la posibilidad de conflicto que los acuerdos del Consejo de Ministros pueden encontrar con otras normas de rango jerárquico superior. Así, el acuerdo de clasificación de dicho Consejo de Ministros puede resultar incompatible en cuanto a sus efectos con lo establecido por disposiciones reglamentarias generales dando lugar a la inderogabilidad singular de los reglamentos contemplada en el art. 52.2 LRJPAC²⁰³ y la correspondiente nulidad de los actos clasificatorios (art. 23.4 LG) o con lo establecido en Leyes que exijan expresamente la publicidad de la materia sometida a clasificación.

De otra parte, se ha aportado como solución intermedia y más razonable, el haber dejado la clasificación de materias en “reservadas” al Gobierno con la autorización previa del Congreso o las Cortes Generales, mientras que la clasificación o “calificación” de materias como “secretas” correspondería únicamente al Congreso o las Cortes Generales a propuesta del Gobierno, dada la trascendencia e importancia de la clasificación en “secreto” frente a la meramente “reservada”, que por su menor importancia quedaría circunscrita al ámbito de decisión del Ejecutivo, considerando especialmente la limitación de derechos fundamentales que la clasificación pueda comportar. Por esa limitación, y dada la excepcionalidad que se considera debe implicar el secreto, se aporta como hipótesis inicial la posibilidad de que los secretos de Estado solamente fueran posibles una vez declarados alguno de los estados excepcionales permitidos en el art. 55 CE y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. No obstante, y por su posible carácter excesivo, se acaba aportando la regulación prevista para los estados excepcionales contemplados en el art. 116

²⁰³“Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan igual o superior rango a éstas”. Así ha ocurrido, por ejemplo, con otro ámbito de actuaciones del ámbito gubernamental no menos polémico como son la concesión de indultos al amparo de la Ley de 1870. En la STS de 20 de febrero de 2013, se anulan de pleno derecho sendos incisos finales de los Reales Decretos 1753/2011 y 1761/2011, ambos de 25 de noviembre por constituir una “dispensa singular del impedimento de falta de honorabilidad para el ejercicio de la actividad bancaria derivado de la existencia de antecedentes penales no cancelados por delito doloso, respecto a los señores don Abelardo y don Celso, impedimento que está previsto con carácter general en el art. 2.1.f) del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito” (FD. DÉCIMO TERCERO).

CE²⁰⁴, en cuanto que se va atribuyendo la competencia atendiendo a la gravedad de los estados a declarar por la mayor o menor limitación de derechos fundamentales que pueden comportar, de manera que el estado de alarma será declarado unilateralmente por el Consejo de Ministros, el estado de excepción por el Consejo de Ministros previa autorización del Congreso de los Diputados y el estado de sitio será declarado por este último mediante mayoría absoluta a propuesta exclusiva del Gobierno. De esta manera, se plantea la posibilidad de que el Gobierno clasifique las materias que ponen en riesgo efectivo la seguridad en la categoría de

²⁰⁴“1. Una *Ley orgánica* regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio y las competencias y limitaciones correspondientes. 2. El estado de alarma será *declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros* por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración. 3. El estado de excepción será declarado por el *Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso* de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos. 4. El estado de sitio será declarado por *la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados*, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones. 5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente. 6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio *no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes* reconocidos en la Constitución y en las Leyes”. De esta manera, y para las materia objeto de estudio, en los supuestos de menor envergadura (como el estado de excepción y la clasificación de materias como “reservadas”) se requeriría “únicamente” la autorización del Congreso de los Diputados y posterior Decreto (que no acuerdo) del Consejo de Ministros. Sin embargo, para los de mayor trascendencia o repercusión (como la declaración del estado de sitio o la clasificación de un asunto como “secreto”), se exigiría la declaración por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados a propuesta exclusiva del Gobierno (y no de cualquier otra entidad administrativa).

“reservadas” previa autorización del Congreso (según el modelo del art. 116.3 CE) y que éste último sea el que, a propuesta exclusiva del Gobierno, clasifique como “secreto” las materias o asuntos que supongan una agresión a la defensa (siguiendo el modelo del art. 116.4 CE).

En esta línea, en la que se ha querido dar un mayor protagonismo a las Cortes Generales en la actividad clasificatoria (aunque sea a través de autorizaciones o la declaración misma por el Congreso), y dado el vínculo justificado que hemos considerado existente entre los términos, también se ha considerado admisible seguir por analogía el parámetro establecido en los arts. 93 y 94 CE en relación con la aprobación de los Tratados Internacionales en lo que para aquellos que suponen un mayor sacrificio de la soberanía (los del art. 93 CE), deben ser aprobados por Ley Orgánica; los que versan sobre determinadas materias (como por ejemplo, los tratados militares o que afecten a derechos fundamentales- como puedan ser indudablemente los relacionados con el mantenimiento de la seguridad-) exigen autorización de las Cortes Generales y aquellos de menor enjundia que no se encuentren enumerados en el art. 94.1 CE, simplemente requerirán una información inmediata al Congreso y el Senado.

Como principales inconvenientes a la opción favorable al Poder Legislativo planteada se pueden apreciar dos: por un lado, el hecho evidente de que la clasificación por Ley aprobada en Cortes tanto a iniciativa de éstas como del Gobierno supondrían inevitablemente su tramitación parlamentaria, con el debate y la publicidad correspondiente, dándose el fenómeno parecido al que veíamos con la facilitación de documentos al Juez instructor y la publicidad de los mismos como consecuencia de la exigencia del principio contradictorio que debe imperar en todo proceso. Por otro lado, no sería descabellado pensar que el hecho de tener que tramitar y aprobar una Ley cada vez que se quisiese clasificar una determinada materia, restaría eficacia y dinamismo a dicha actividad clasificatoria, máxime si las circunstancias exigiesen una rápida actuación en aras a evitar problemas para la seguridad y la defensa. De cualquier forma, ambos obstáculos se podrían sortear fácilmente, haciendo que, por una parte, la tramitación se llevase a cabo bajo alguna especialidad del Reglamento de ambas Cámaras que supusiese el secreto de las actuaciones (por ejemplo con las Comisiones secretas) y, de otra parte, darle mayor celeridad en la tramitación a través de procedimientos especiales previstos por los citados Reglamentos como podría ser la tramitación de los proyectos de Ley en lectura única, votaciones secretas, tramitación por el procedimiento de urgencia, etc., o bien, tramitar la Ley bajo la forma de un Decreto Ley en que los plazos se acortan significativamente, siempre y cuando se den las circunstancias mencionadas de extrema y urgente necesidad en la clasificación. Esta última opción, no obstante, sería cuanto menos discutible bajo el prisma

del art. 86.1 CE, si atendemos de nuevo al hecho de que el objeto del mismo podría afectar a un derecho fundamental del Título I CE como es el previsto en el art. 20.1.d) CE.

En cualquier caso, la opción planteada también repercutiría indudablemente en el control judicial de los actos clasificatorios. En la hipótesis de que la clasificación se hiciese a través de una norma con rango de Ley (bien a iniciativa de las Cortes, bien a iniciativa del Gobierno), la impugnación de la misma solamente podría venir por la vía del Tribunal Constitucional mediante la cuestión o el recurso de inconstitucionalidad correspondiente. En este caso, el objeto del recurso sería en cierta forma más sencillo, pues parece que el Tribunal inicialmente ya no tendrían que entrar a analizar el juicio de valor sobre el riesgo acerca de la defensa nacional o la seguridad del Estado, sino simplemente si la “clasificación” se ha previsto o no por Ley o si esa Ley se ajusta al Texto Constitucional.

De cualquier forma, queremos volver a constatar, tal como ya se hizo *ut supra*, el hecho de que la “clasificación” por Ley no debe quedar justificada en sí misma. Consideramos que la “clasificación” se vería reforzada siempre y cuando estuviese respaldada por la protección de un bien jurídico, un valor o principio constitucional o un derecho fundamental. En el análisis de cada una de las Leyes de este Capítulo, esta justificación vendrá dada por la protección de la seguridad del Estado y la defensa nacional, por lo que entendemos que debe existir verdaderamente un fundamento (perfectamente justificable en las Exposiciones de Motivos de las Leyes, por ejemplo) que vaya más allá del mero hecho de que su “clasificación” se haya realizado a través de una Ley. Es por ello, por lo que no resultaría del todo improcedente que la acción revisora del Tribunal Constitucional se extendiera al cumplimiento de esa afectación a la seguridad del Estado y la defensa nacional.

Por otra parte, se pudiera argumentar que el control de este tipo de “clasificación” por Ley sería en estos casos más difícil para la ciudadanía, pues ésta no estaría legitimada para la interposición del recurso de inconstitucionalidad citado y solo podría impugnar en el caso de que existiese un acto de aplicación de esa Ley por parte del Consejo de Ministros y que éste vulnerara algún derecho que permitiese acudir al amparo judicial o constitucional²⁰⁵. No podemos compartir del todo esa opinión, pues con la clasificación que se permite en la legislación de secretos oficiales actual por parte del Consejo de Ministros, también será necesario esperar a un acto de aplicación de esa Ley por parte de este

²⁰⁵ SÁNCHEZ FERRO, S.: Op. Cit. p. 386. La autora opina que la vulneración será prácticamente imposible o muy difícil de apreciar pues en la mayoría de los casos “da la sensación de que estas Leyes son Leyes-medida o Leyes autoaplicativas”.

último y además, tanto en el acto de aplicación de la Ley clasificadora correspondiente como en el de la aplicación de la LSO, no solo será posible controlar la posible vulneración de un derecho fundamental, sino también el cumplimiento de los actos reglados o las indemnizaciones correspondientes, tal y como establece el art. 2.a) LJCA.

3.- Ejemplos representativos, especialmente en la Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los Créditos destinados a Gastos Reservados y la Ley 11/2001, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

Trataremos aquí de mencionar, aunque no de forma exhaustiva, cuáles son esas materias que las Cortes han considerado secretas cuando la razón sea la protección de la seguridad y defensa del Estado. Bien es cierto que existen otras Leyes que, a pesar de reconocer el secreto con respecto a determinadas materias, sin embargo no van a ser objeto de mención por cuanto que a pesar de contemplar el mismo, éste responde a razones bien diferentes a las de la seguridad del Estado o la defensa nacional. Así, en cuanto al primer tipo de Leyes queremos destacar las siguientes:

- Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los Créditos destinados a Gastos Reservados (arts. 1 y 3).
- Ley 44/1999, de 20 de diciembre sobre Medidas de Control de Sustancias Químicas susceptibles de desvío para la fabricación de Armas Químicas (art. 7).
- Ley 11/2001, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia (art. 5.1).
- Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad (arts. 119 y siguientes).
- Ley 21/1962, de 16 de julio, de Industria, modificada por la Ley 21/1992, de 16 de julio (arts. 3.4.d) y 22.3).
- Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear (art. 83).
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (arts. 13.2.d), 153, 170.f) y 177).
- Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de Acceso a la Información, de Participación Pública y de Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente (art. 13.2.b)²⁰⁶.

²⁰⁶ En puridad, este artículo no excluye el acceso a la información por ser ésta secreta o reservada, sino porque se trata de materias que “afecten” a la seguridad del Estado

- Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 48.6).
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 301 y 302 respecto al secreto sumarial), para aquellos casos relacionados con la seguridad del Estado y la defensa nacional, pues esta normativa en principio es aplicable con carácter genérico a todos los procesos penales.

Existen otras Leyes en que, a pesar de que en ellas no se mencione expresamente el secreto, las materias que regulan sí se ven seriamente afectadas por su relación con los asuntos clasificados por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 y el de 15 de octubre de 2010 ya mencionados. No obstante, la clasificación vendría dada formalmente por un Acuerdo del Ejecutivo aunque posteriormente sean reguladas por Ley, por lo que las mencionaremos por la materia, aunque en puridad no deberían estar incluidas en este epígrafe por el mismo hecho de que la clasificación en sí misma no se hace por Ley aunque la materia sí se regula por ésta. Así, y en sentido estrictamente material,

- Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa nacional.
- Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso.
- Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (art. 12.2).

Es interesante plasmar en este sentido la importancia que estas normas pueden tener a la hora de plantear la extensión o amplitud con la que cuenta el Poder Judicial para controlar las clasificaciones aunque éstas sean de carácter material. Existen muchas actividades materiales amparadas por el secreto a través de una regulación muy pormenorizada por Ley a través de autorizaciones previas, procedimientos, restricciones, medidas de control, etc. que pueden suponer unos criterios

o la defensa nacional, lo cual consideramos que no es acertado del todo, pues queda sin mencionar quién debe apreciar esa afectación. Si bien la LSO deja claro que la competencia corresponde al Consejo de Ministros o la JUJEM, no llegamos a apreciar cuál sea el momento de intervención de esos organismos, especialmente cuando la solicitud de información medioambiental se haya hecho a cualquier otro organismo con competencia sobre la materia y cuando se permite limitar el acceso a ésta por el mero hecho de “afectar” a los citados bienes constitucionales pero no porque la materia o el asunto esté previamente clasificado. Parece pues, que en este caso, existe una superposición entre las competencias clasificatorias y las medioambientales.

definitivos (elementos objetivos) para que el Juez pueda ampliar su capacidad de valorar la conveniencia de haber clasificado materialmente la documentación en torno a esa actividad²⁰⁷.

Pero volviendo a aquellas Leyes que hacen mención expresa al secreto, consideramos que merece la pena hacer hincapié en dos concretas. Se trata de la Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los Créditos destinados a Gastos Reservados y la Ley 11/2001, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

En la primera Ley se especifica que se calificará como secreta,

- Toda la información relativa a los créditos destinados a gastos reservados, así como la correspondiente a su utilización efectiva (art. 3).
- Las sesiones de la Comisión Parlamentaria del Congreso de los Diputados que se encarga del control de los créditos destinados a gastos reservados (art.7.3).

En la segunda Ley se establece como secreto los siguientes extremos:

- La Directiva de Inteligencia, que es donde el Gobierno determinará y aprobará anualmente los objetivos del Centro Nacional de Inteligencia (art. 3).
- Las actividades del Centro Nacional de Inteligencia, así como su organización y estructura interna, medios y procedimientos, personal, instalaciones, bases y centros de datos, fuentes de información y las informaciones o datos que puedan conducir al conocimiento de las anteriores materias (art. 5.1).
- La identidad de los miembros del Centro (art. 5.3).
- El contenido de las sesiones y deliberaciones de la Comisión que controla los créditos destinados a gastos reservados como aquella que a su vez esta Ley asigna

²⁰⁷ En esta dirección apunta MELERO ALONSO, E. en *Op. Cit.*, el cual utiliza las exportaciones de armas como ejemplo para argumentar que el secreto sobre las mismas no debe estar justificado pues, considerando su regulación, así como otros elementos (motivos de la clasificación, regulación del Registro de Armas convencionales de la ONU y el hecho de que las exportaciones sean conocidas por la opinión pública a través de los medios de comunicación), el secreto no sería necesario ni estaría justificado por la protección de la defensa, sino por otros intereses muy diferentes. De hecho, el secretismo en esta materia supone “un factor desestabilizador que puede dañar o poner en riesgo la seguridad regional e internacional”.

para el control parlamentario de la actividad del CNI (art. 11.1).

- Las informaciones y documentos que reciban los miembros de la citada Comisión (art. 11.3).

Asimismo, en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia dispone que tendrán la condición de secretas,

- Las actuaciones del Magistrado especial del Tribunal Supremo encargado de la autorización previa de determinadas actuaciones del CNI que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro (art. Único, epígrafe tercero).

Por lo que respecta a la Ley La Ley 48/1978, de 7 de octubre, por la que se modifica la Ley de 5 de abril de 1968, sobre Secretos Oficiales y el Decreto 242/1969, de 20 de febrero, por el que se desarrollan las disposiciones de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, es interesante mencionar dos aspectos respecto a las Leyes citadas anteriormente. En primer lugar, que es aquella normativa que con más amplio margen trata el asunto de la clasificación de información, sin vincularla a unas materias específicas como ocurría con la normativa mencionada, estableciendo únicamente las referencias genéricas a una Ley o bien a la seguridad del Estado y la defensa nacional como criterios para proceder en ese sentido. En segundo lugar, que nada se dice expresamente en cuanto a causas tasadas para proceder a la desclasificación o reclasificación de los documentos, aludiendo solamente a la libre consideración de aquella autoridad que la realizó o encargada de la clasificación (art. 7 LSO), “siempre que ello sea posible” y en función de criterios tales como fijar una fecha o indicar un acontecimiento o hecho límite de dicho plazo, además del deber de fijar los procedimientos para determinar periódicamente la conveniencia de la reclasificación o desclasificación del material clasificado (art. 3.III y IV RSO), lo que contrasta con la vigencia del secreto cuando la calificación se hace por una Ley de las Cortes, pues en este caso, presumimos el mantenimiento del mismo mientras se encuentre vigente la Ley y no sea derogada por otra posterior.

Suponemos en cualquier caso, que la desclasificación en el primero de los supuestos se realizará cuando el conocimiento público de la información deje de suponer un riesgo para la seguridad y la defensa nacional, pero en este caso se vuelve a dejar la decisión a la apreciación discrecional de esta circunstancia a una única autoridad o poder como es el Ejecutivo, que fue a la postre quien realizó a su vez la clasificación.

CAPÍTULO VII

ELEMENTO SUBJETIVO. CLASIFICACIÓN POR EL EJECUTIVO. REQUISITO PARA CONSIDERAR LOS ACTOS CLASIFICATORIOS Y DESCLASIFICATORIOS COMO ACTOS POLÍTICOS O DE DIRECCIÓN POLÍTICA DEL GOBIERNO

1.- Actos “del Gobierno”: solo los que emanan del Consejo de Ministros y no de la JUJEM. ¿Los Actos “del Gobierno” son también actos “de Gobierno” o de “dirección política”? Criterios del TS.; Atribución genérica de la competencia por el art. 97 CE en el ámbito clasificatorio; ¿Qué entendemos por “Gobierno”: Legislación sectorial. Descoordinación competencial entre la Ley del Gobierno (Presidente y Ministro de Defensa) con la Ley de Secretos Oficiales (Consejo de Ministros) en las materias de defensa, militar y de dirección de la política exterior e interior; 2.- Otras razones por las que se rechaza la condición de acto “político” o de “dirección política”: estructura del acto clasificatorio, existencia de un deber objetivo de clasificación y el carácter instrumental de la clasificación respecto de actividades administrativas regladas. Razones que se aportan en función de los arts. 92 CE, 94.1.b) y c) CE, 37.5.a) y 37.6.b) LRJPAC y 2.a) LJCA, así como el sometimiento de la clasificación a cláusulas de condición y término; 3.-Teoría de los actos políticos y de los actos separables. Control: Posible afectación a los derechos fundamentales y requisito de la motivación de los actos de Gobierno; 4.- Recapitulación: Tipos de actos del Gobierno y su control.

1.- Actos “del Gobierno”: solo los que emanan del Consejo de Ministros y no de la JUJEM. ¿Los Actos “del Gobierno” son también actos “de Gobierno” o de “dirección política”? Criterios del TS.; Atribución genérica de la competencia por el art. 97 CE en el ámbito clasificatorio; ¿Qué entendemos por “Gobierno”: Legislación sectorial. Descoordinación competencial entre la Ley del Gobierno (Presidente y Ministro de Defensa) con la Ley de Secretos Oficiales (Consejo de Ministros) en las materias de defensa, militar y de dirección de la política exterior e interior.

El art. 4 LSO dispone que “la calificación a que se refiere el artículo anterior²⁰⁸ corresponderá *exclusivamente*, en la esfera de su competencia, al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor”. Asimismo, el art. 7 LSO atribuye de nuevo competencias vinculadas con la materia objeto del estudio al afirmar que “la cancelación de cualquiera de las calificaciones previstas en el artículo tercero de esta Ley será dispuesta por el órgano que hizo la respectiva declaración”. Destacar asimismo, que el art.3.III RSO hace referencia a las competencias de desclasificación y reclasificación, cuando reconoce

²⁰⁸ Art. 3 LSO: “Las «materias clasificadas» serán calificadas en las categorías de secreto y reservado en atención al grado de protección que requieran”.

que “siempre que ello sea posible, la autoridad encargada de la calificación indicará el plazo de duración de ésta, con mención de si pudiera ser *suprimida* o *rebajada de grado*. Para ello, podrá fijar una fecha o indicar un acontecimiento o hecho limite de dicho plazo. Tal indicación no deberá Incluirse en el texto, sino que constará en una anotación, anterior o posterior, al mismo”. Finalmente, el art. 5 LSO confirma que “la facultad de calificación a que se refiere el artículo anterior *no podrá ser transferida ni delegada*”, a pesar de que en el RSO se mencionan constantemente autoridades a las que el Consejo de Ministros o la JUJEM podrán atribuir distintas competencias relacionadas con el material clasificado (así, por ejemplo, el art. 10²⁰⁹ en lo que atañe a las medidas de protección del material clasificado, el art. 22²¹⁰ para la transmisión de material clasificado, el art. 25²¹¹ en relación con el registro del mismo, el art. 26²¹² respecto al inventario del mismo, el art. 27²¹³ para su examen en una especie de inspección “in camera”

²⁰⁹ “El cumplimiento de las medidas de protección deberá constituir parte principal de la tarea o función de *cada uno de los funcionarios adscritos a los Servicios de Protección de Materias Clasificadas* y no un cometido accesorio”.

²¹⁰ “Si la transmisión de material clasificado se llevase a cabo dentro del órgano de origen, se registrará por las normas que elabore el *Servicio de Protección de Materias Clasificadas correspondiente*, las cuales deberán garantizar un grado de seguridad equivalente al indicado para transmisión fuera del mismo”.

²¹¹ “La *persona responsable del Servicio de Protección de Materias Clasificadas* supervisará el registro de todo el material clasificado en un impreso especial, en el cual figurarán el órgano de origen, la fecha y la calificación correspondiente; el movimiento de tal material y su destrucción, en su caso. Cada impreso especial deberá referirse a una materia, pudiéndose agrupar en un solo legajo todo el material que se refiera al mismo concepto.

Todos los ejemplares de un documento clasificado serán numerados por la Autoridad encargada de la calificación, y lo mismo deberá hacerse cuando una entidad distinta fuere autorizada para su reproducción. En este caso, la Autoridad encargada de calificar indicará los números correspondientes a los ejemplares de copia.

A continuación del número de ejemplares deberá figurar el número de folios del mismo”.

²¹² “En todos los *Servicios de Protección de Materias Clasificadas*, la *persona responsable de los mismos* procederá a realizar un inventario en el mes de enero de cada año. De su resultado se remitirá certificación al Ministro del Departamento, quien la devolverá con su conformidad o reparos”.

²¹³ “El examen de materias clasificadas sólo se autorizará mediante expedición de la correspondiente autorización por la Autoridad encargada de la calificación, a personas cuyos deberes oficiales requieren tal acceso, y con especificación de si se trata de una sola vez o con carácter habitual y ello, únicamente, si han sido calificadas en aquella autorización como personal de confianza

En todo caso, en el *Servicio de Protección de Materias Clasificadas* se llevará un registro contable de las personas a las cuales se haya facilitado acceso al material

del material por parte de aquellas “personas cuyos deberes oficiales requieren tal acceso”, el art. 30²¹⁴ para su destrucción o el art. 33²¹⁵ en cuanto a la elaboración de programas de entrenamiento y ordenación), cobrando especial relevancia el Servicio de Protección de Materias Clasificadas cuya existencia no se constata en la estructura actual de los Departamentos Ministeriales.

Parece así, que es el propio legislador el que cercena de alguna manera su posible protagonismo en el ejercicio de este tipo de competencias aunque solo fuese a título de autorización o información previa, otorgándole el monopolio al Ejecutivo, sin reconocer además expresamente la posibilidad del control judicial de este tipo de actos. Este desentendimiento del Poder Legislativo y el correspondiente desapoderamiento judicial vía Ley de Secretos Oficiales ha dejado vía libre al Ejecutivo para determinar unilateralmente y según sus criterios qué es lo que afecta a la seguridad del Estado y la defensa nacional, haciendo imposible lo que algún sector doctrinal²¹⁶ ha venido en llamar la “coparticipación equilibrada” entre Ejecutivo y Legislativo.

clasificado, incorporándose un ejemplar, de un documento debidamente firmado por el *Jefe del Servicio* y la persona autorizada, al legajo correspondiente con especificación de las circunstancias personales, fecha, autoridad que extendió la autorización y contenido de ésta.

Por otra parte, y a menos que en la autorización se disponga expresamente lo contrario, no se permitirá, en ningún caso, la toma de notas, datos y demás pormenores del material correspondiente,

La persona responsable del Servicio, por si o por medio de otra persona a sus órdenes, y de cuya actuación sea aquélla responsable, deberá estar presente en todo momento, mientras dure el examen del material”.

²¹⁴ “La destrucción deberá llevarse a cabo bajo la supervisión de la *persona responsable del Servicio de Protección de Materias Clasificadas*, debiendo ser certificada por el mismo y dándose cuenta inmediatamente de ello, por conducto reglamentario, a la autoridad calificadora.

Dichos certificados de destrucción serán numerados dentro de cada año por el Organismo interesado. En la hoja de control del Organismo que procedió a la distribución del material o autorizó su destrucción deberá cumplimentarse el espacio referente a la recepción de los certificados”.

²¹⁵ “Las *personas responsables de los Servicios de Protección de Materias Clasificadas* establecerán y mantendrán programas activos de entrenamiento y orientación para los funcionarios que en ellos presten sus servicios, a fin de inculcarles el sentido de la responsabilidad personal que, a cada uno, incumbe, en orden a proceder, en todo momento, con especial vigilancia y cuidado, al cumplimiento de las órdenes que reciba y a la más estricta observancia de las medidas de protección vigentes....

²¹⁶ REVENGA SÁNCHEZ, M.: *Op. Cit.* p. 21.

De otra parte, el sistema formal de reclasificación o desclasificación adolece de graves defectos en nuestro sistema jurídico pues prácticamente se deja al albur de la voluntad del Gobierno, lo que puede suponer que los documentos queden clasificados de por vida como consecuencia de falta de voluntad o por la falta de medios para emprender una tarea ingente ajena a las exigencias del quehacer diario de las autoridades competentes. Ello acarrea también la supresión “de facto” de las ventajas que comportan para el ciudadano un sistema de reclasificación o desclasificación *ope legis* en función del transcurso de un plazo determinado o por la pérdida de la finalidad de la clasificación, como se puso de manifiesto, por ejemplo, en la STEDH de 16 de agosto de 2009 en el caso *Kennedy contra Hungría*.

En cualquier caso, en lo que atañe al objeto de este estudio, el acto de clasificación o desclasificación es, sin duda, un acto del Gobierno desde el punto de vista subjetivo, pues se atribuye al Consejo de Ministros. No obstante, el hecho de que la propia LSO atribuya la competencia también a la JUJEM hace que la competencia no sea ya exclusiva del Consejo de Ministros y podría ser un argumento para retirar esta condición a este tipo de actos. Así lo hace inicialmente la STS. de 4 de abril de 1997 al afirmar que desde un punto de vista formal,

“Una inicial postura nos podría llevar a la afirmación de su naturaleza de mero acto administrativo y por eso sujeto al régimen común de control Judicial de legalidad y de su sometimiento a los fines que lo justifican, impuesto por el artículo 106 de la Constitución. Sería un dato favorable a esta tesis el que con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales de 1968, modificada por la de 7 octubre 1978, la clasificación de la documentación secreta es no sólo competencia del Gobierno sino también de la Junta de Jefes de Estado Mayor, por lo que siendo preconstitucional y plenamente consolidada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que a los efectos de la aplicación del artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción, solamente admitía la exención del examen jurisdiccional en él prevista de los actos políticos para los imputables al Gobierno, entendido este concepto orgánico en sentido estricto, **mal podría calificarse como actuación no simplemente administrativa a la originada por el ejercicio de unas potestades legales reconocidas a órganos administrativos no integrables en la noción orgánica de Gobierno y que por eso en ningún caso podrían ser autores de actos políticos ni gozar del tratamiento específico que a éstos pudieran alcanzar**”.

En cualquier caso, no entendemos, como hace posteriormente el Tribunal Supremo en la sentencia citada, que éste sea un factor determinante para excluir *in totum* la condición de actos gubernamentales a los actos mencionados, pues aquellos actos clasificatorios o desclasificatorios procedentes de la JUJEM se entenderán que no son del Gobierno desde un punto de vista subjetivo y sí eminentemente administrativos, siendo plenamente enjuiciables desde una perspectiva estricta de legalidad como cualquier otro acto administrativo ordinario. Sin embargo, para los actos procedentes del

Consejo de Ministros se podría, por tanto y en una primera hipótesis, reconocer esta condición.²¹⁷

Sin embargo, que se traten de actos del Gobierno no quiere decir que deben ser actos de Gobierno o políticos. Tal y como se ha visto, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS. 24/09/1984, 25/10/1990, 10/12/1991, etc.) establece como requisitos subjetivos para calificar un acto de político el hecho de que se dicte por el Gobierno, se atribuya al mismo como órgano constitucional diferenciado de la Administración y que se haga además de forma directa e inmediata en la propia norma fundamental como competencia bien específica o singular, bien de manera genérica, en clara alusión al art. 97 CE y que se trate de una decisión de máxima oportunidad. Esta línea jurisprudencial trae su origen en los años sesenta²¹⁸ cuando se emprendió un proceso de reducción de la exención de control jurisdiccional ordinario establecida por el antiguo art. 2.b) LJCA²¹⁹ de 1956 de manera que solo se empezó a aplicar, además de a las decisiones de gran trascendencia política (elemento material), a los actos emanados del Gobierno como órgano - elemento formal o subjetivo - (no considerándose incluida en esta

²¹⁷ No se coincide en este caso con la postura de algunos autores como MELERO ALONSO, E. en *Op. Cit.* Para este autor el mero hecho de la inclusión de la JUJEM determinaría el carácter administrativo de los actos de clasificación, junto a otros argumentos que son objeto de desarrollo por nuestra parte en este epígrafe como “la derogación del art. 10.2 LSO, la potestad clasificatoria atribuida a la JUJEM, las competencias prácticamente simbólicas que el Consejo de Ministros tiene en materia de defensa nacional, la estructura jurídica de la norma que atribuye la potestad clasificatoria, la existencia de un deber objetivo de clasificar, y la consideración de que el secreto no es una potestad independiente, llevan a la conclusión de que la clasificación es una potestad discrecional de la Administración. No un acto político del Gobierno”. Coincidimos pues, en que no se trata de un acto “político” pero no en que no sea un acto del Gobierno, al menos en lo que respecta a los emanados del Consejo de Ministros.

²¹⁸ Siendo la STS. de 10 de febrero de 1962 la que sirve de referencia para las posteriores y la que verdaderamente sienta jurisprudencia.

²¹⁹ El artículo excluía del control de la jurisdicción contencioso - administrativa “las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes”. Se trataba por tanto de una lista ejemplificativa de materias que podían aparecer imbuidas de cierta trascendencia política dada la dificultad que comportaba el agotamiento mediante el sistema de lista tasada de todas aquellas que pudieran ostentar tal condición. De hecho, fue la jurisprudencia la que casuísticamente resolvía qué cuestiones podían tener esa categoría sin aludir en muchas de sus sentencias el propio art. 2.b) LJCA.

categoría a los dictados por autoridades gubernamentales inferiores o por la propia Administración - sanciones en materia de orden público - y que antes también se consideraban Gobierno y que estaban excluidos de la citada jurisdicción cuando se apreciara un móvil político en los actos).

Ahora bien, en cuanto a si además de ser actos del Gobierno se les pueda también considerar como actos “políticos” o de “dirección política”, resulta cuanto menos curioso el hecho de que en la Constitución, la competencia de clasificación o desclasificación de documentos no se atribuye en ningún artículo de manera específica o directa al Gobierno o al Consejo de Ministros, entre otras cosas porque tampoco se hace mención expresa de aquellas competencias. Es por ello, por lo que no queda más remedio que, si queremos considerar en hipótesis estos actos como políticos siguiendo los criterios de la jurisprudencia del Supremo, los incluyamos en la categoría genérica del art. 97 CE, en lo que respecta a la dirección de la política interior y exterior, la Administración militar y la defensa del Estado, en la consideración de éstas como materias susceptibles de clasificación.

Este artículo se refiere al “Gobierno” con carácter genérico por lo que podemos concluir que el mismo puede hacer referencia también al Consejo de Ministros al ser éste uno de los integrantes de aquél en su versión colegiada y que las acciones de clasificación y desclasificación, a pesar de no ser enunciadas expresamente en dicho artículo, se pueden subsumir al menos indirectamente en las competencias de dirección de la política interior y exterior, la Administración militar y la defensa del Estado.

Sin embargo, estas competencias directivas del art. 97 CE se atribuyen en el art. 2.2.b) y f)²²⁰ de la Ley 50/1997, de Gobierno expresamente al Presidente del Gobierno como órgano unipersonal y no al Consejo de Ministros como órgano colegiado, tal y como hace la LSO. A pesar de ello, algunos autores como SAIZ ARNAIZ mantienen que a la luz de la peculiar posición que ocupa el Presidente en el parlamentarismo diseñado por la Constitución de 1978, “no parece que haya mayores dificultades teóricas para admitir que, en el ejercicio de sus competencias constitucionales, también el Presidente es susceptible de producir actos políticos”.

²²⁰ Art.2.2.b): “Establecer el programa político del Gobierno y determinar las directrices de la *política interior y exterior* y velar por su cumplimiento”.

Art. 2.2.f): “Dirigir la *política de defensa* y ejercer respecto de las Fuerzas Armadas las funciones previstas en la legislación reguladora de la *defensa nacional y de la organización militar*”.

Ahora bien, y sin desmerecer esta última postura, pues en hipótesis sería admisible que el Presidente pueda perfectamente adoptar actos políticos o de dirección política, no consideramos que exista una coordinación legislativa clara entre la interpretación de los actos clasificatorios y desclasificatorios como actos incluidos dentro de la categoría del art. 97 CE y su consecuente atribución competencial, según la Ley del Gobierno, al Presidente del Gobierno como actos de dirección de la política interior y exterior, la Administración militar y la defensa del Estado y, por otra parte, la atribución específica de las competencias clasificatorias y desclasificadoras por parte de la LSO al Consejo de Ministros. En puridad, y con esta configuración legal, entendemos que la cuestión queda del siguiente modo: o las competencias de clasificación y desclasificación son del Consejo de Ministros y, por tanto, no son subsumibles en los actos de dirección política del art. 97 CE (pues éstos se consideran como actos de dirección de la política interior y exterior, la Administración militar y la defensa del Estado que la Ley del Gobierno atribuye al Presidente del Gobierno) y de esta manera no existiría a efectos competenciales la remisión constitucional específica o genérica que exige el Tribunal Supremo para su configuración como acto político, o bien son competencia del Presidente del Gobierno o cualquiera de sus integrantes en el entendimiento de que los actos clasificatorios o desclasificatorios son actos de dirección política, pero ello se encontraría en contradicción con lo dispuesto en la LSO, que atribuye la competencia exclusivamente al Consejo de Ministros como órgano colegiado, y también con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que exige, para considerar los actos del Gobierno como políticos, que estos emanen solo del Gobierno en su conjunto, no los del titular de un Departamento Ministerial (SAN. 27 de abril de 1989). La clave viene dada, por tanto, en que los actos de dirección política pueden encontrar su soporte genérico en el art. 97 CE, pero para que los actos en concreto de clasificación y desclasificación ostenten tal condición, solo podrán venir dados por el Consejo de Ministros como órgano colegiado y no como decisiones unipersonales. Por tanto, los actos de clasificación y desclasificación tendrán la citada condición al amparo del art. 97 CE cuando se interprete “Gobierno” como Consejo de Ministros pero no en el resto de sus acepciones y para ello no habría mayor problema sino es por el hecho de que, como se ha dicho, las competencias mencionadas en el citado artículo, en el entendimiento de las mismas como de clasificación y desclasificación de materias, se atribuyen por la Ley del Gobierno al Presidente del Gobierno.

En cualquier caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido identificando desde el punto de vista subjetivo el concepto de Gobierno con el órgano colegiado del Consejo de Ministros a los efectos de producir actos políticos o de dirección política sin que éstos puedan producirse por otros componentes del Gobierno (por todas, la STS. de 22 de enero de 1993). No obstante, a los mismos efectos, la STS. de 24 de

septiembre de 1984 entiende que el Presidente del Gobierno también podría producir este tipo de actos²²¹.

Dejado sentado el hecho de que solo el Presidente del Gobierno como el Consejo de Ministros pueden producir actos de dirección política o políticos, seguimos sosteniendo, sin embargo, que existe una descoordinación legislativa entre la LSO y la Ley del Gobierno y que la solución para definir estos actos como políticos según el requisito subjetivo exigido jurisprudencialmente entendemos que pasaría por atribuir en la Ley del Gobierno la competencia de los actos de dirección política y de defensa al Consejo de Ministros o bien modificar la LSO y atribuir dicha competencia al Presidente del Gobierno. En tanto en cuanto esto no se produzca, consideramos que esta descoordinación legislativa podría utilizarse como argumento para negar la condición política de estos actos de clasificación y desclasificación y propugnar su enjuiciamiento desde la perspectiva de un acto administrativo ordinario regulado por Ley y su Reglamento de desarrollo, si bien es una postura estrictamente formalista, pues es evidente, que tanto el Presidente del Gobierno como el Consejo de Ministros son a la postre órganos del Gobierno. Se trataría por tanto, de optar por una posición intermedia en la que, por su origen orgánico, se conferiría a los citados actos de una condición en todo caso *del Gobierno* aunque no estrictamente políticos o de dirección política, pues para ello sería necesario considerar los actos clasificatorios y desclasificatorios como incluidos en la categoría de la dirección de la política interior y exterior, la Administración militar y la defensa del Estado del art. 97 CE y que, como ya hemos visto, se encuentran atribuidos por la Ley del Gobierno al Presidente del Gobierno y no al Consejo de Ministros como exige la Ley de Secretos Oficiales.

²²¹ SAIZ ARNAIZ, A.: “Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, RAP. Núm. 134, mayo-agosto 1994, p.230 : El Tribunal Supremo ha insistido en la necesaria “actuación unitaria” del Gobierno (STS. de 3 de enero de 1979), identificándolo con el Consejo de Ministros “como genuino órgano de Gobierno en su unidad” (STS. de 3 de marzo de 1986), del que han de emanar los actos políticos que existan (STS. de 9 de marzo de 1985), y rechazando en todo caso la definición política de actuaciones de algunos de los Ministros (SSTS. de 20 de junio de 1980 y 3 de marzo de 1986), del escalón inferior al Consejo de Ministros (STS. de 9 de marzo de 1985), o de instancias manifiestamente incardinables en el ámbito de la Administración Pública...”. En cuanto al Presidente del Gobierno, el mismo autor afirma que “a la luz de la peculiar posición que ocupa el Presidente del colegio gubernamental en el parlamentarismo diseñado por la Constitución de 1978, no parece que haya mayores dificultades teóricas para admitir que en el ejercicio de sus competencias constitucionales también el Presidente es susceptible de producir actos políticos”, aludiendo también la misma postura al respecto de otros autores como LÓPEZ GUERRA.

Si desde el punto de vista del art. 97 CE no habría problema alguno subjetivamente hablando, pues por “Gobierno” se puede entender tanto al Consejo de Ministros como al Presidente del mismo, materialmente sí se produciría una cierta contradicción entre la Ley del Gobierno y la LSO, además de poder resultar algo forzada en última instancia la interpretación de los actos concretos de clasificación y desclasificación en sí mismos como aquellos incluidos en la categoría genérica de la dirección de la política exterior e interior, la administración militar y la defensa nacional.

De otra parte también se puede argüir el hecho de que la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa nacional, no atribuye prácticamente competencias al Consejo de Ministros en lo que a la dirección de la defensa respecta. De hecho, el concepto de defensa no aparece mencionado ni una sola vez en su literalidad, salvo en el art. 8.2.d) para hacer referencia a la competencia del Ministro de Defensa para desarrollar las directrices y disposiciones reglamentarias que aquél adopte. En cualquier caso, también podríamos considerar el art. 5 de la citada Ley si entendemos que la alusión hecha en este artículo al “Gobierno” de forma genérica se equipara al de Consejo de Ministros. No obstante, siguen siendo muy pobres las competencias directivas que la citada Ley atribuye a aquél en materia de defensa, pues el artículo citado se limita a reconocerle competencias para,

“determinar la política de defensa y asegurar su ejecución, así como dirigir la Administración militar y acordar la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional”.

Y ello es así porque parece que las verdaderas competencias directivas se reservan especialmente al Presidente, y después al Ministro de Defensa²²², ambos integrantes del Gobierno pero mencionados como órganos unipersonales y no como parte integrante de órgano colegiado alguno, como puede ser el Consejo de Ministros. El art. 6.1 es esclarecedor al respecto y dispone que corresponderá al Presidente del Gobierno,

“...la dirección de la política de defensa y la determinación de sus objetivos, la gestión de las situaciones de crisis que afecten a la defensa y la dirección estratégica de las operaciones militares en caso de uso de la fuerza”.

²²² En este sentido, la SAN. de 27 de abril de 1982 considera que quedan fuera del supuesto de actos políticos del Gobierno, y, en consecuencia, correspondientes a la Jurisdicción contencioso-administrativa, los actos inferiores al Consejo de Ministros.

A su vez el art. 7.2. LODN atribuye al Ministro de Defensa competencias directivas consistentes en,

*“...b) **Dirigir** la actuación de las Fuerzas Armadas bajo la autoridad del Presidente del Gobierno...”*

*...d) **Dirigir**, como miembro del Gobierno, la Administración militar...”*

A su vez, la política interior y exterior se atribuye también al Presidente del Gobierno como órgano unipersonal en el art. 2.b) de la Ley del Gobierno de la manera que sigue,

*“establecer el programa **político** del Gobierno y determinar las **directrices de la política** interior y exterior y velar por su cumplimiento”*.

De otra parte, y de una lectura rápida de la Constitución, no se escapa que en otros ámbitos, la competencia específica sí se atribuye expresamente al Consejo de Ministros y no al Gobierno de manera genérica como hace el art. 97 CE. Así ocurre, por ejemplo, con la aprobación de los Proyectos de Ley (ex. Art. 88), declaración de los estados de alarma, excepción y sitio (ex. Art. 116), disolución de las Cámaras (ex. Art. 115.1), deliberaciones sobre cuestiones de confianza (ex. Art. 112) o acordar Decretos (ex. Art. 62.f). De esta manera, se deja suficientemente cerrada la cuestión subjetiva de la competencia, no obligando a acudir, como ocurre en el ámbito de la clasificación y desclasificación, a la legislación sectorial de desarrollo para discernir qué entendemos concretamente con la alusión al “Gobierno” a la hora de atribuir la competencia, evitando de esta manera que dentro de aquélla se puedan encontrar discrepancias con la Ley del Gobierno. A lo que, además, hay que añadir, como ya se ha dicho, lo forzado que puede resultar, en última instancia, la interpretación de los actos concretos de clasificación y desclasificación en sí mismos como aquellos incluidos en la categoría genérica de la dirección de la política exterior e interior, la administración militar y la defensa nacional.

2.- Otras razones por las que se rechaza la condición de acto “político” o de “dirección política”: estructura del acto clasificatorio, existencia de un deber objetivo de clasificación y el carácter instrumental de la clasificación respecto de actividades administrativas regladas. Razones que se aportan en función de los arts. 92 CE, 94.1.b) y c) CE, 37.5.a) y 37.6.b) LRJPAC y 2.a) LJCA, así como el sometimiento de la clasificación a cláusulas de condición y término.

Si para rechazar la condición de acto político de la clasificación ya hemos visto los argumentos de la atribución de competencias

clasificadoras y desclasificadoras a órganos administrativos como la JUJEM y la falta de atribución de competencias realmente directivas en materia de defensa al Consejo de Ministros como órgano colegiado, es hora de mencionar otras razones ya mencionadas por la doctrina para su defensa como actos administrativos y que pasan por la estructura jurídica de la norma que atribuye la potestad clasificatoria, la existencia de un deber objetivo y no de oportunidad a la hora de clasificar y la consideración de que el secreto no es una potestad independiente, sino meramente instrumental²²³.

En cuanto a la estructura del acto clasificatorio, se define en el art. 2 LSO en función de una fórmula típicamente administrativa en torno a un supuesto de hecho y su consecuencia jurídica. Si se tratase de un acto político, solamente se permitiría simple y llanamente la actuación clasificatoria o desclasificatoria y no existiría el supuesto de hecho condicionante de la acción configurado por “los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado”²²⁴.

Debemos discrepar de este argumento, siguiendo la línea de otros autores²²⁵, en cuanto que los actos políticos pueden presentar también presupuestos de hecho y hechos determinantes configurados por una Ley como elemento necesario y limitador del propio ámbito de libertad del Gobierno (que es el caso que ocurre con el art. 2 LSO) o lo que la STS. 28 de junio de 1994 ha definido como límites o *requisitos previos* establecidos por el legislador mediante *conceptos judicialmente asequibles*. Se trata pues de aplicar la teoría de los actos separables dentro de la categoría de los actos políticos, lo cuales seguirán manteniendo su condición o naturaleza a pesar de presentar esos supuestos de hecho o límites previos junto a la parte puramente decisional o de oportunidad política y que, por lo general, vienen determinados por Leyes que desarrollan las previsiones constitucionales o que incluso, en algunos casos, ya vienen determinados en la propia Constitución. Así ocurre, por ejemplo, con diversas manifestaciones de la Constitución como la del art. 155 en el que se exige al Gobierno,

²²³ MELERO ALONSO, E. en *Op. cit.* pp. 229 a 267.

²²⁴ El anterior autor toma a su vez el argumento de GALLEGO ANABITARTE y remite al trabajo de GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A.: “Artículo 97: funciones del Gobierno”, en OSCAR ALZAGA VILLAAMIL (director): “Comentarios a la Constitución española de 1978”. Tomo VIII. Artículos 97 a 112, EDESA, Madrid, 1998, pág. 167 y nota 45.

²²⁵ LÓPEZ MENUDO, F. en “Discrecionalidad administrativa y control judicial”, Ed. Cívitas, Madrid, 1996, pp. 42 a 48.

como condición previa en el ejercicio de sus competencias extraordinarias sobre las Comunidades Autónomas, que se da la circunstancia de que éstas *“incumplieren las obligaciones que la Constitución u otras Leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España”* o el art. 86 del mismo texto en el que lo que se exige es la existencia de un *“caso de extrema y urgente necesidad”* para que el Gobierno pueda dictar disposiciones legislativas provisionales con rango de Ley.

Tampoco podemos aceptar totalmente el argumento de que en caso de que exista una situación de riesgo o daño efectivo, el Consejo de Ministros está obligado a realizar la clasificación y no tendría margen para el estudio de la oportunidad característica de los actos políticos, existiendo un deber positivo de clasificar o, en su caso, de desclasificar. Y ello porque entendemos que sí existiría **la oportunidad, o mejor dicho, la discrecionalidad que radicaría precisamente en el estudio e interpretación de las circunstancias para discernir si puede existir ese daño o riesgo en conceptos jurídicos indeterminados como la seguridad del Estado o la defensa nacional y no en las consecuencias de esa interpretación que, eso sí, se deben activar de manera automática una vez realizada la previa apreciación de si existen o no la causas que las condicionan.**

El tercer y último argumento mencionado pasaba por la consideración de que el secreto sea una actividad autónoma pero no una potestad independiente, por cuanto que depende o se relaciona en la mayoría de las ocasiones con las actividades materiales protegidas por el mismo reguladas a su vez por los distintos reglamentos de la Administración. Así, Para MELERO ALONSO, “si se considerase la clasificación como un acto político, se estaría dando una incoherencia entre la actividad material protegida y el acto que establece el secreto”. El secreto sería así, un acto derivado de unas actividades materiales reglamentadas eminentemente administrativas mediante las que se dirige la defensa (por ejemplo el comercio de armas, las sanciones del personal militar, las cuestiones relativas a destinos militares, etc.). Parece que en este sentido, se invoca la instrumentalidad del secreto para descartar su carácter político. Tampoco podemos aceptar plenamente este argumento, pues toda decisión está vinculada con un fin o una utilidad y ésta puede estar perfectamente orientada tanto para actividades políticas como administrativas (así, los casos, por ejemplo, de la devaluación de la moneda, la convocatoria de un referéndum, etc. en los que la jurisprudencia ha confirmado su carácter eminentemente político o de dirección política a pesar de venir justificadas por asuntos reglados como el déficit o el régimen electoral).

Ya vimos también en este sentido como en las distintas concepciones del secreto, se establecía una clara separación entre el hecho del secreto en sí mismo y los hechos que ocultaba, cuando se mencionaban los secretos

con elemento objetivo legal o ilegal (refiriéndose a si con ellos se pretendía proteger la seguridad del Estado y la defensa nacional) y aquellos otros con objeto legal o ilegal (para hacer alusión al encubrimiento o no por medio del secreto de actividades legales o ilegales). Es por lo que consideramos que no se puede confundir la parte con el todo y una cosa sea el fin o carácter instrumental del secreto y otra bien distinta la decisión de establecer el mismo sobre determinados asuntos o materias.

Es nuestra intención ahora aportar aquí otros argumentos diferentes para negar la condición política o de dirección política de los actos clasificatorios y desclasificatorios. Así, por ejemplo, la inviabilidad de someter a referéndum una cuestión de esta índole. Si el art. 92 CE dispone que “Las *decisiones políticas* de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos”, se nos antoja prácticamente inviable el hecho de que el Gobierno someta una de estas decisiones a la consulta popular. Y no por su falta de trascendencia, que puede tenerla dadas las consecuencias del conocimiento público de determinadas materias, especialmente cuando la clasificación se hace con la categoría de “secreta”, sino porque como hemos afirmado, se trata de decisiones ejecutivas que vienen dadas por la tramitación de determinados documentos y expedientes administrativos, y que no se plantean de manera “espontánea” o “creativa” por parte del Gobierno para definir o diseñar un determinado patrón o línea de actuación en distintos sectores que afectan a la vida de los ciudadanos como pueda ser la comercial, industrial, relaciones internacionales, tributaria, etc. Y además, porque una vez planteada la posibilidad surgida de la tramitación, el Gobierno lo que debe hacer es aplicar una Ley y su Reglamento de desarrollo para obrar en consecuencia en función de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, igual que ocurre en otros muchos ámbitos del quehacer administrativo diario²²⁶.

²²⁶ Es evidente que otra razón por la que la decisión no sería susceptible de plantear en referéndum es que la propia consulta enervaría la condición de secreta o reservada de la materia, pues una vez hecha la consulta *pública*, la clasificación dejaría de tener sentido. Asimismo, al haber afirmado que existe un nexo o vínculo entre el secreto y los estados excepcionales, es inevitable mencionar la prohibición de la celebración del referéndum durante la declaración de estos estados, lo cual equivaldría a decir que no se permite someter a referéndum la decisión clasificatoria o desclasificatoria. A este argumento sin embargo se le puede achacar que también se mantuvo una conexión estrecha entre el secreto y los Tratados y las relaciones internacionales, cuyo ámbito ni qué decir tiene que sí es perfectamente materia de referéndum, pues así se ha demostrado en la práctica en cuestiones de verdadera trascendencia para España (Referéndum sobre la permanencia de España en la OTAN, celebrado el 12 de marzo de 1986 y Referéndum sobre la Constitución Europea en España, celebrado el 20 de febrero de 2005).

Por otra parte, consideramos necesario acudir al art. 94.1 CE, el cual hace una diferenciación entre aquellos tratados y convenios de “carácter político” (epígrafe a) de aquellos otros de “carácter militar” o que “afecten a la integridad territorial del Estado o los derechos fundamentales del Título I” (epígrafes b) y c). Esta distinción nos sirve como argumento para sostener que los tratados relativos a la seguridad del Estado y la defensa nacional, como aquellos relacionados con el ámbito militar o que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos fundamentales del Título I, se configuran como un concepto ajeno al espectro puramente político. De lo contrario, no hubiera sido necesario mencionar las categorías militar y aquellas relativas a la integridad del territorio o los derechos fundamentales como *independientes o diferentes* de las de carácter puramente político en el entendimiento de que aquéllas categorías se podían ya encontrar incluidas en esta última.

Además, existen razones en el propio ordenamiento jurídico español que corroboran esta concepción ejecutiva, que no política o constitucional, que aquí se defiende. Si acudimos a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, nos daremos cuenta que en su art. 37, dentro de las excepciones al régimen de acceso a archivos y registros, se hace una separación expresa de dos causas que el propio legislador considera distintas. Así, en el epígrafe 5.a) del artículo citado se excluye del acceso a,

*“Los que contengan información sobre las **actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo**”.*

Mientras que en el epígrafe 5.b) y 6.a) del mismo artículo se mencionan respectivamente como supuestos diferentes a,

*“Los que contengan información sobre la **Defensa nacional o la Seguridad del Estado**” y “El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre **materias clasificadas**”.*

Supuesto este último al que además se añade que deberá regirse o sujetarse a un régimen especial reglado en derecho al establecer que “se regirá por sus disposiciones específicas”.

Distingue la citada Ley, pues, entre actos de Gobierno sometidos a derecho Constitucional ajeno al derecho administrativo por un lado, y actos de la Defensa o la seguridad del Estado y materias clasificadas por otro, como supuestos diferentes y ajenos a esos actos de Gobierno, ya

que una interpretación contraria nos haría concluir de nuevo en la innecesariedad de la mención de estos últimos en un epígrafe aparte, al ser subsumibles en la primera categoría.

Asimismo, se hace alusión a otras razones como el hecho de que a la hora de realizar la desclasificación de documentos, nuestro ordenamiento jurídico prevé que ésta se haga en función de determinadas cláusulas accesorias propias como las de condición o término que determinan la eficacia del acto o resolución gubernamental y que son propias de la teoría de los actos discrecionales (aunque en este caso no sean aquellos que emanan de la Administración sino del Gobierno). Así, recordemos que el art. 3.III RSO dispone que “siempre que ello sea posible, la autoridad encargada de la calificación indicará el *plazo de duración* de ésta, con mención de si pudiera ser suprimida o rebajada de grado. Para ello, podrá *fijar una fecha* o *indicar un acontecimiento o hecho límite* de dicho plazo”.

Por último, también se ha constatado, en apoyo de la tesis del acto clasificatorio o desclasificador como acto ejecutivo, la circunstancia propiciada por la reforma del art. 2.b) LJCA de 1956 por el art. 2.a) LJCA de 1998, en la que se suprimen los conceptos que puedan justificar el secreto como la “defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, la seguridad del Estado y el mando y la organización militar” en su consideración expresa de actos políticos del Gobierno.

Con independencia de estas razones expuestas para justificar la naturaleza meramente ejecutiva del acto de clasificación o desclasificación, debemos acudir inevitablemente a la teoría de los actos políticos para intentar vislumbrar la condición de los mismos. Bien es sabido que el acto político puro y de suyo infiscalizable ha ido perdiendo fuelle con el paso del tiempo y que la polémica hoy en día no es si los actos emanados del Gobierno son fiscalizables o no, sino cuál sea su ámbito de control o fiscalización, bien a través de las vías tradicionales como el Parlamento o el Tribunal Constitucional o bien mediante la jurisdicción ordinaria, opción que goza cada vez de mayor acogida al amparo de la Constitución y la reforma auspiciada por la Ley de Jurisdicción Contencioso – Administrativa de 1998.

Se trataría también de discernir previamente qué es un acto puramente político o de dirección política y si la clasificación o desclasificación de determinados asuntos se puede incluir en esa categoría. Obviamente, ya hemos argumentado que la primera premisa para definir un acto como político o de Gobierno deba ser que emane del Gobierno o un órgano que pertenezca al mismo (jurisprudencialmente ya hemos visto que se constriñe al Consejo de Ministros o el Presidente del Gobierno), lo cual para los actos clasificatorios y desclasificatorios

solamente se cumpliría en el caso de que éstos se realizaran por el Consejo de Ministros y no por la JUJEM, que se mueve en el ámbito estrictamente administrativo, y considerando siempre los inconvenientes que se han expuesto en cuanto a sus facultades competenciales.

Corresponde hacer dos últimas precisiones antes de terminar el presente epígrafe en cuanto al elemento subjetivo de la clasificación y la desclasificación. Por un lado, no consideramos que la Administración ostente potestades clasificatorias o desclasificadoras más allá de las atribuidas desfasadamente a la JUJEM, cuando en el art. 48.6 LJCA se dispone que,

“Se excluirán del expediente, mediante resolución motivada, los documentos clasificados como secreto oficial, haciéndolo constar así en el índice de documentos y en el lugar del expediente donde se encontraran los documentos excluidos”.

En este caso, lo único que se está reconociendo en favor de la Administración es la denegación del acceso judicial mediante la no remisión de una determinada documentación que ya aparecía previamente clasificada dentro de un expediente pero lejos de ser ella misma, a través de sus funcionarios, la que ejerza la potestad.

De otro lado, llama también la atención que en la legislación sectorial, concretamente en el art.13.2.d) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en el que se dispone que no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos siguientes,

“Los declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado”.

La declaración de que concurre esta última circunstancia deberá hacerse, de forma expresa en cada caso, por el titular del Departamento ministerial del que dependa el órgano de contratación en el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, por el órgano competente de las Comunidades Autónomas, o por el órgano al que esté atribuida la competencia para celebrar el correspondiente contrato en las Entidades locales. La competencia para efectuar esta declaración no será susceptible de delegación, salvo que una ley expresamente lo autorice”.

Parece en este caso, aunque de manera más confusa, que también se mantiene la potestad de declarar determinados contratos como secretos o reservados por razones de seguridad del Estado a favor del Consejo de Ministros o la JUJEM (aunque no se mencione expresamente), y lo único que se reconoce a favor del titular del Departamento Ministerial, del órgano competente de las Comunidades Autónomas, o del órgano al que esté atribuida la competencia para celebrar el correspondiente contrato en las Entidades locales es la de declarar que existe una previa clasificación como secretos o reservados de determinados contratos realizada precisamente por el Consejo de Ministros o la JUJEM, suponemos que como motivación para excluir, en cualquier caso, su conocimiento público.

De manera bien distinta se manifiesta, sin embargo, el art. 13.2.b) de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los Derechos de Acceso a la Información, de Participación Pública y de Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente, utilizando una fórmula que apreciamos poco precisa al determinar que,

“Las solicitudes de información ambiental podrán denegarse si la revelación de la información solicitada puede afectar negativamente a cualquiera de los extremos que se enumeran a continuación:....b) A las relaciones internacionales, a la defensa nacional o a la seguridad pública”.

De esta manera, no se está siendo fiel al sistema de competencias establecidas por la Ley de Secretos Oficiales y deja dudas en cuanto a quién debe limitar ese acceso, pues en el artículo se habla de las “autoridades públicas” o simplemente se usa el reflexivo “podrán denegarse” sin citar por quién se puede hacer la denegación, considerando que, en este caso, no se trata como en los supuestos anteriores de material ya clasificado, sino de material que pueda afectar a las relaciones internacionales, a la defensa nacional o la seguridad pública.

3.-Teoría de los actos políticos y de los actos separables. Control: Posible afectación a los derechos fundamentales y requisito de la motivación de los actos de Gobierno.

Ya vistos elementos como el subjetivo, debemos fijarnos ahora en otro elemento sustancial y es en el funcional o material, es decir, qué manifestaciones de sesgo político presenta la acción del Gobierno. En este sentido, destacar la postura de GARRIDO FALLA, FERNÁNDEZ VILLAVARDE o DEL SAZ, que siguiendo el modelo del Consejo de Estado francés, realizan una lista tasada de actividades que pueden considerarse políticas y que prácticamente se circunscriben a las relaciones entre los órganos o poderes del Estado (Título V CE) y las

relaciones internacionales. Otros autores, como EMBID IRUJO, postulan la existencia de actos políticos de Gobierno fuera de estas categorías y que lo son por su naturaleza²²⁷, pues consideran la teoría del móvil político del acto como algo desfasado. De hecho, es el propio art. 1.1 LSO la que parece reconocer esta categoría al establecer que,

*“Los Órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rijan su actuación, salvo los casos en que **por la naturaleza de la materia** sea ésta declarada expresamente clasificada, cuyo secreto o limitado conocimiento queda amparado por la presente Ley”.*

Lógicamente, si atendemos a la primera postura, también conocida como ámbito “orgánico” del acto político del Gobierno, el acto clasificatorio o desclasificador no sería nunca un acto político del Gobierno pues no responde a las relaciones interorgánicas entre poderes del Estado, y por tanto, dada su diferente naturaleza (si se quiere discrecional del Gobierno), sí sería controlable en sede contencioso-administrativa y no estaría nunca excluido de control. Si atendemos a la segunda postura, de concepción más amplia en función de la naturaleza del acto, el clasificatorio o desclasificador podría responder en hipótesis a un acto político del Gobierno (o al menos en lo que atañe a la realizada por afectación a la seguridad del Estado y la defensa nacional) pero aun así, su control también podría someterse a la jurisdicción ordinaria pues los actos puramente políticos también estarían sometidos a esta jurisdicción en el caso de los actos reglados, de que vulnerasen algún derecho fundamental y las posibles indemnizaciones, al someter el art. 2.a) LJCA a esta jurisdicción los actos del Gobierno “cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos” (tanto política en sentido orgánico como por naturaleza, como puede ocurrir con los actos de clasificación o

²²⁷ En Este sentido se manifiesta la STS. de 30 de julio de 1987, que declaró como acto político la decisión del Presidente de la Comunidad Autónoma mediante Decreto de fijar la capitalidad de Castilla y León en Valladolid. Y ello debido a su *contenido*, por el *órgano* del que procedía, así como por la *causa determinante* de la actuación de dicho órgano que no fue otra que la imposibilidad de contar temporalmente en las Cortes de la Comunidad con la mayoría suficiente para aprobar por Ley la sede de las instituciones tal y como disponían los Estatutos de Autonomía. El Tribunal Supremo determina esta vez que se trata de “un acto político por su naturaleza intrínseca”. SAINZ ARNAIZ, A.: *Op. Cit.* prefiere distinguir, acogiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los actos políticos o de dirección política en función de tres criterios como son: *que sea dictado por el Gobierno* entendido éste como órgano constitucional diferenciado de la Administración Pública, y concretamente referido al Consejo de Ministros o el Presidente del Gobierno; *que la competencia sea atribuida por la Constitución* bien de manera singular o bien genérica y *que sea una decisión de máxima discrecionalidad u oportunidad*.

desclasificación). Solamente estaría exenta de control la categoría de actos políticos del Gobierno en el campo estrictamente “orgánico”, esto es, en el de las relaciones entre órganos constitucionales y siempre que no se vean afectados derechos o intereses legítimos, incluido el interés de legalidad.

Por tanto, y para lo que afecta a los actos clasificatorios y desclasificatorios, su exclusión de la categoría orgánica de acto político concebido como relaciones entre poderes del Estado, no trasciende en un sentido u otro a efectos de su control jurisdiccional contencioso – administrativo. La cuestión pasaría más bien por saber en qué condición es enjuiciable el mismo, si como mero acto de dirección por parte del Gobierno o como mero acto ejecutivo del Gobierno. Ya hemos visto que cuando la clasificación o desclasificación parta del Consejo de Ministros, el acto será del Gobierno y que necesariamente debe partir de éste para que además sea considerado político o de dirección política. Esa clasificación o desclasificación contará con una parte reglada (procedimiento, competencia) y otra discrecional (si es necesaria o imprescindible la clasificación o desclasificación en vista de la afección a la seguridad del Estado y la defensa nacional). La parte reglada será obviamente objeto de control pues el artículo 2.a) LJCA así lo reconoce expresamente. ¿Pero qué ocurriría con la parte discrecional o de valoración en función de la interpretación de conceptos jurídicos apriorísticamente indeterminados como la seguridad del Estado o la defensa nacional?

Aquí la doctrina vuelve a escindirse y mientras unos autores²²⁸ piensan que esta actividad también sería enjuiciable desde la jurisdicción ordinaria bajo los parámetros del control de la actividad discrecional de la Administración (control de los hechos determinantes, motivación, el fin, etc.), otros²²⁹ mantienen que ese ámbito debe estar excluido de la misma so pena de judicialización de lo político y que los actos políticos del Gobierno o los meros actos de Gobierno no son supuestos de discrecionalidad administrativa²³⁰, al mantener que los actos no se dictan por órganos estatales en el ejercicio de competencias materialmente administrativas, sino por el Gobierno en el ejercicio de su competencia constitucional de dirigir la política del Estado (art. 97 CE)²³¹.

²²⁸ JORDANO FRAGA, J.: *Op. Cit.*

²²⁹ GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A.: “Acto y Procedimiento Administrativo”, Ed. Marcial Pons, 2001.

²³⁰ SAINZ ARNAIZ, A.: *Op. cit.* p. 235 prefiere hablar de “politicidad”.

²³¹ En este sentido, las SSTs. de 9 de junio de 1987 y de 25 de octubre de 1990 destacan la diferencia entre el Consejo de Ministros como órgano superior de la Administración Pública y como órgano constitucional al que se le encomiendan “otras

Ya tratamos de argumentar en el epígrafe anterior porqué los actos clasificatorios y desclasificatorios no tenían un carácter político o de Gobierno, ni desde el punto de vista subjetivo, en el que no existía coordinación en la atribución de competencias entre la Constitución, la Ley de Gobierno y la Ley de Secretos Oficiales, ni desde otras razones como el imposible sometimiento de la cuestión a referéndum como decisión política de especial trascendencia, la distinción de distintos Tratados Internacionales vinculados a la defensa que no se encuadraban en los de carácter político o la distinción que la propia LRJPAC realizaba entre el ámbito estrictamente político y el de las materias clasificadas por motivos de la seguridad del Estado y la defensa nacional. Tampoco desde un punto de vista material los consideramos incluidos en esta naturaleza, pues entendemos que se trataría simplemente de actos discrecionales dictados por el Gobierno en función de conceptos jurídicos indeterminados al no circunscribir la discrecionalidad al ámbito meramente administrativo. De hecho, es la propia Comisión Permanente del Consejo de Estado, en su Dictamen de 18 de julio de 1996, la que califica la decisión clasificatoria del Gobierno, no como un acto político sino como un acto administrativo discrecional que contiene determinados elementos reglados, además de negar decisiones del Gobierno inmunes al control judicial. Es precisamente la apreciación de la afectación de la seguridad del Estado o la defensa nacional lo que formará parte de esa discrecionalidad en la decisión del Gobierno, que será objeto de control como uno de los elementos reglados del acto de clasificación²³²(en este caso la motivación del acto).

Pero es que, en cualquier caso, entendemos que la polémica es inicialmente baladí a los efectos que nos interesan si atendemos de nuevo a lo expuesto literalmente en el art. 2.a) LJCA, pues en el mismo **se permite el control de cualquier acto de Gobierno “cualquiera que sea su naturaleza”** (política, no política, discrecional, al amparo de una Ley, de la Constitución, etc.) siempre y cuando estén en juego los actos reglados, las cuestiones que se susciten en relación con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales o las indemnizaciones y no hay nada más. O por lo menos en lo que respecta a la competencia de la jurisdicción contencioso – administrativa, porque a pesar de su

funciones que nada tienen que ver con la Administración Pública en cuanto persona. Es en este último sentido en el que solamente es admisible la producción de actos de dirección política”.

²³² En el mismo Dictamen se afirma que: “El Consejo de Ministros goza de un amplio margen de *discrecionalidad* que, naturalmente, coexiste con la interdicción de arbitrariedad y la exclusión del ejercicio de las potestades conferidas por razones o para fines ajenos a la protección de la seguridad del Estado y de la defensa nacional”.

evidencia, a la misma se podría oponer el carácter de clasificado de la documentación a la que se necesitaría acceder por el Juez para discernir precisamente si existe o no violación de algún derecho fundamental. O lo que es lo mismo, que los derechos fundamentales no son ilimitados y que la protección de la seguridad del Estado y la defensa nacional puede suponer uno de esos límites, a lo que sería alegable el hecho ya invocado de la imposibilidad de oponer la exclusión a los miembros del Poder Judicial, pues insistimos que el art.105.b) CE no hace referencia a los mismos junto a otras razones que se verán más adelante, entre las que se pueden avanzar el hecho de que si la clasificación ha sido ilegal, no ha existido tal o ésta ha sido nula y, por tanto, no será necesaria la previa desclasificación, así como si la clasificación se ha realizado por Ley, el acto previo de clasificación es inexistente, por lo que la desclasificación huelga como formalidad previa necesaria para materializar el acceso. La otra polémica podría girar en aquellos actos dictados por el Gobierno que no vulneren los actos reglados, no tengan relación con esos derechos fundamentales o las indemnizaciones. En estos casos, no quiere decir que exista inmunidad absoluta al no ser enjuiciables en vía contencioso – administrativa, sino que su enjuiciamiento y control serían residenciables en otras sedes como el Parlamento a través, por ejemplo, de las Comisiones competentes, aunque en este sentido también se avanza lo que consideramos un sistema de control insuficiente y, desde luego, menos trascendente que el representado por el Poder Judicial.

De esta manera, entendemos que la cuestión no debería plantearse en términos de la *admisibilidad* o no del recurso cuando éste sea residenciable en la vía especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en sede contenciosa²³³, sino en la *intensidad* del control sobre los distintos componentes de la decisión clasificatoria o desclasificatoria. La cuestión será, por tanto, el alcance de las sentencias contencioso – administrativas en el enjuiciamiento de actos del Gobierno discrecionales como la necesidad de clasificación o desclasificación de documentos. Inicialmente entendemos que no deberán ir más allá de confirmar si estos actos cumplen con los elementos reglados y si vulneran o no derechos fundamentales y las medidas necesarias para su reposición y no sustituir al Gobierno en la decisión de clasificar o no una materia, aunque sí podría entrar a valorar si la clasificación o desclasificación era realmente “necesaria” atendiendo a la seguridad del Estado y la defensa nacional y en cuanto a si la motivación aportada para

²³³ La propia STS. de 22 de enero de 1993, en relación con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de abril de 1998 por el que se denegó la celebración de un referéndum municipal en Villaverde de Trucios sobre su incorporación a la Comunidad Autónoma del País Vasco manifestó que “la doctrina del acto político no pueda ser invocada como fundamento de la *inadmisibilidad*, ya que es *obligado* para el juzgador comprobar si existen en el acto *elementos reglados* y comprobar también si en cuanto al *fondo* se da ese contenido político no controlable”.

éstas son suficientes o convincentes como un acto reglado más. En definitiva, más que valorar el *acto o decisión en sí misma* de clasificar algo, lo que se analizaría es *el objeto o la cuestión* que ha sido o no objeto de dicha clasificación. El problema residenciaría en el caso de que se considerase la citada afectación, pues quedarían enfrentados el derecho fundamental afectado y el interés de proteger la seguridad del Estado y la defensa nacional cuyo entendimiento no es pacífico a quién correspondería²³⁴, aunque también sería una cuestión residenciable en sede judicial para discernir la correcta ponderación de los valores e intereses en juego en el caso concreto, así como la motivación de la decisión. No obstante, esta cuestión será objeto de análisis más minucioso en los siguientes capítulos.

Por poner ejemplos que puedan esclarecer la cuestión, proponemos algunos emanados de la jurisprudencia. Un caso paradigmático es el de la STS. de 2 de marzo de 1994 como consecuencia de la impugnación de la decisión de delimitar un polígono de tiro en Anchuras mediante Real Decreto 811/1998, de 20 de julio. En ella, se da por sentado que la consideración de la necesidad del campo de tiro es eminentemente una decisión de oportunidad de suyo en principio infiscalizable, pues no hay parámetros de legalidad en los que subsumir la decisión. Ahora bien, no duda en entrar a valorar otras cuestiones como la posible vulneración del derecho fundamental a la libertad de residencia (ex. Art. 19 CE) como consecuencia de esa decisión (además de otros aspectos como la posible desviación de poder, la motivación del emplazamiento y el efectivamente elegido, así como el impacto ambiental sobre la zona).

Otro asunto no menos ilustrativo es el representado por la ya mencionada STS. de 9 de junio de 1987, sobre una pregunta de un parlamentario de Euskadiko Exquerra sobre fondos reservados al Gobierno Vasco, que dio lugar a la consideración de si existía vulneración del derecho fundamental garantizado por el art. 23.2 CE. En este caso, se plantea inicialmente un supuesto de relaciones entre órganos constitucionales (Parlamento – Gobierno) que veíamos como ejemplo claro de actos políticos, pero sin embargo, se someten también al control de la jurisdicción ordinaria, aunque solo sea, a los efectos de vislumbrar la posible vulneración del derecho fundamental citado.

Asimismo, la STS. de 25 de octubre de 1990, en torno a la impugnación de una denegación del Gobierno de una solicitud para el

²³⁴ La STS. de 2 de febrero de 1994 reconoce con carácter general que los intereses particulares deben ceder ante los intereses generales (en este caso, los de la defensa) pero ello no es óbice para “que la afección lo sea, en el menor grado posible, y tratando siempre de lograr la mayor compatibilidad entre los intereses de la Administración en este caso y los ciudadanos”.

ejercicio de la iniciativa legislativa, en la que a pesar de afirmar el carácter eminentemente político de la decisión de enviar o no a las Cortes un Proyecto de Ley, entra en el fondo del asunto (derecho subjetivo público a la integración de los Maestros de Taller de las Escuelas de Maestría Profesional en los Cuerpos Docentes de Formación Profesional) en previsión de que una inadmisión *a radice* pudiera dar lugar a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, además del correspondiente control sobre la existencia de desviación de poder.

No menos ilustrativa resulta la STS. de 28 de junio de 1994, en el caso del nombramiento del Fiscal General del Estado Eligio Hernández, al cual se le reconoce un carácter eminentemente político en lo que respecta a la decisión del Gobierno de optar entre la multitud de juristas para el nombramiento en este puesto de una persona determinada. Sin embargo, se entra también a valorar la decisión en lo que a los aspectos reglados del nombramiento atañe al amparo de una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los recurrentes.

Por último, traemos a colación la propia STS. de 4 de abril de 1997, acerca de los papeles del CESID en la que se hace una referencia extensa a la posible conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y el derecho a la vida de las personas del art. 15 CE como consecuencia de la decisión del Gobierno de no desclasificar la documentación solicitada por los recurrentes en el juicio. Así, el Tribunal se pronuncia de la siguiente manera respecto al derecho a la tutela judicial efectiva:

“Pero es precisamente el otro elemento constitucional a valorar - el derecho a la tutela judicial efectiva de los acusadores particulares perjudicados por los delitos, entendido en este caso como derecho a la aportación al proceso penal de los medios probatorios pertinentes- **el que abre la brecha para que el en apariencia ajustado a derecho criterio del Gobierno de no desclasificar los documentos, sea sometido a revisión judicial en cuanto a su compatibilidad con el mencionado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cualquiera que haya sido la convicción del Gobierno sobre la realidad material a que aquéllos aluden o acerca de su repercusión actual sobre la seguridad del Estado**”.

En cuanto al derecho a la vida, afirma que:

“La primera de dichas premisas es que atendiendo al bien jurídico protegido por los tipos penales a los que apuntan los hechos objeto de la investigación sumarial que está en el origen del procedimiento administrativo sobre cuya resolución ahora nos pronunciamos, **no cabe la menor duda de que su relevancia es del máximo nivel, al consistir en atentados contra el derecho a la vida de las personas**”.

El magistrado XIOL RÍOS finalmente apunta la solución a este conflicto en el FJ. Undécimo de su voto particular a la sentencia en función de la siguiente premisa,

“En el caso de que los documentos constituyan de manera directa elementos probatorios de graves delitos y sean difíciles de sustituir para la investigación penal, el valor implícito en la protección de la seguridad del Estado, en aras del principio de proporcionalidad, debe sacrificarse ante el derecho a la tutela judicial efectiva. En el caso de que los documentos no constituyan prueba directa de hechos gravemente delictivos o, aun siéndolo, sean fácilmente sustituibles por otros medios probatorios, el valor ínsito en la protección de la seguridad del Estado debe prevalecer. La eficacia probatoria de los medios puede referirse tanto a la constatación del hecho en sí como a la existencia e identidad de personas que hayan participado en ellos”.

Podemos afirmar, por tanto y sin temor alguno, siguiendo a un sector de la doctrina²³⁵, al albur de esta jurisprudencia dictada desde 1998 y amparados en el ordenamiento jurídico español, tal y como se encuentra establecido actualmente en torno a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que las categorías de acto “político” o de dirección política infiscalizable y el reconocimiento de los derechos fundamentales garantizados no son categorías compatibles. Es necesario admitir sin ambages el control de esos actos políticos o de dirección política del Gobierno, aunque solo sea a los efectos del control de una posible vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en caso de que así se constate, proceder a la ponderación de valores en juego para dar prioridad a uno u otro según las circunstancias del caso.

Pero es que de otra parte, consideramos que, aunque no estuviese en juego la posible violación de un derecho fundamental, la jurisdicción ordinaria también sería competente para controlar la acción del Gobierno a través del control de la motivación²³⁶ del acto clasificatorio o desclasificador cuando la estimación del riesgo de la seguridad del

²³⁵ GARCÍA LLOVET, ENRIQUE junto a GARCÍA RUIZ, FERNÁNDEZ VALMAYOR y LÓPEZ GUERRA: “Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: (a propósito de la STC 45/1990, de 15 de marzo)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, septiembre-diciembre 1992, p.297.

²³⁶ Así, lo argumenta también el magistrado PASCUAL SALA en su voto particular a la STS. de 4 de abril de 1997, al considerar que la actividad de control de los Tribunales debe consistir en “un juicio de ponderación *que considere los motivos* aducidos por el acuerdo impugnado y el derecho fundamental que se dice lesionado.... El juicio de ponderación debe discurrir partiendo de la *motivación* expuesta en el acuerdo recurrido, averiguando si la denegación con que concluye puede estimarse arbitraria, desproporcionada, desprovista de racionalidad y razonabilidad, falta de coherencia, separada, en suma, del valor o valores que trata de salvaguardar, y, por contra, lesiva o desconocedora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los actores, en el sentido concreto de derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes a su posición de parte acusadora en la causa penal.”.

Estado o la defensa nacional entrase en juego. Y ello lo entendemos así porque, y esta es la clave de la cuestión, si todo asunto reglado, o sea, regulado o predeterminado por Ley, es susceptible de control jurisdiccional y si la seguridad del Estado y la defensa nacional aparecen en una Ley (LSO) como condicionantes sin los cuales no se puede llegar a dictar un acto por parte del Gobierno (clasificadorio o desclasificadorio) de manera legítima o ajustada a derecho, es obvio que los Tribunales podrán entrar a valorar si existe ese posible riesgo analizando las razones que el Gobierno da para considerar ese riesgo. Otra cosa sea que tanto la seguridad del Estado como la defensa nacional se constituyan como conceptos jurídicos indeterminados, pero ello no implica que estén fuera de la Ley²³⁷. De hecho nos encontramos frecuentemente en las Leyes con conceptos jurídicos indeterminados como “buen padre de familia”, “orden público”, “el interés general”, “especial relevancia para los

²³⁷ Por el contrario, para el mismo PASCUAL SALA (con el que aquí discrepamos) en el voto particular de la STS. de 4 de abril de 1994, la seguridad del Estado no es un concepto jurídico y por tanto no es susceptible de control judicial y así mantiene que, “antes de proseguir el razonamiento, hay que anticipar que no es que el acuerdo de Gobierno denegando la desclasificación y entrega a la jurisdicción penal de determinada documentación oficialmente secreta no sea susceptible de fiscalización jurisdiccional por esa Sala -lo es, conforme se anticipó, por la vía del art. 58.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial-, sino que no lo puede ser nunca en virtud de la asunción de una potestad, que ninguna Ley le confiere, para entrar en la determinación de lo que sea la seguridad del Estado, que no es un concepto jurídico, porque no es susceptible de definición jurídica -a lo sumo, la citada Ley de Criterios Básicos de la Defensa lo trata como cuestión estrictamente contemplada desde la perspectiva de la defensa militar, no en el aspecto aquí considerado- sino un puro concepto político, como se ha dicho reiteradamente. La referencia a conceptos Judicialmente asequibles a que respondía la aludida Sentencia de esta Sala de 28 junio de 1994, guardaba relación directa con conceptos definidos legalmente, en concreto con la exigencia del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal -art. 29.1- de que el nombramiento de Fiscal General del Estado se hiciera «entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión». Era este último requisito objetivo -son palabras literales de la mencionada sentencia- «impuesto por el legislador y descrito utilizando un lenguaje netamente jurídico-administrativo lo que permite que la Jurisdicción pueda valorar su concurrencia, sin tocar en absoluto la libertad del Gobierno para optar políticamente entre la multiplicidad de juristas en los que concurre aquella circunstancia...». En el presente caso, **no hay, no ya elemento reglado alguno que no se refiera a la competencia para acordar la desclasificación o entrega de material clasificado como secreto, al procedimiento o al fin, sino siquiera definición legal o jurídica del tan repetido concepto, que, por eso mismo, ha de quedar sustraído a la definición o determinación jurisdiccional.** La asequibilidad, por tanto, a este concepto la pueden tener los Jueces como cualquier otro ciudadano, si se quiere, especialmente informado al efecto, pero sin ningún otro título particular”.

intereses de los vecinos”, “utilidad pública o interés social”, etc. que, incluso a pesar de que no vengan explícita y pormenorizadamente definidos en el ordenamiento jurídico, no por ello dejan de ser parámetros jurídicos por su mera alusión en normas legales y que, por tanto, son susceptibles de control judicial a través de su interpretación. No es otro el espíritu que alberga el art. 3.1 del Código Civil cuando dispone que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el *contexto*, los *antecedentes*²³⁸ *históricos y legislativos*, y la *realidad social del tiempo* en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. Y es precisamente por la indeterminación de los conceptos por lo que todo aquel que los utilice para adoptar una decisión en el ámbito público debe justificarla. Y que mejor manera de hacerlo que a través de la motivación de los actos.

Es la propia STS. de 4 de abril de 1997 la que se pronuncia sobre la posible afectación de la seguridad del Estado y la defensa nacional al declarar,

“que la afirmación antes hecha de sustancial referencia de la seguridad y defensa del Estado a la noción de permanencia del orden constitucional, permiten que de ellos rezume una primera e importante conclusión: la documentación cuya desclasificación se solicita forma parte de la que **merece ser calificada legal y constitucionalmente como afectante a la seguridad y defensa del Estado y, por eso, acreedora a su calidad de secreta, puesto que se integra en el conjunto de estudios, medidas, informaciones, decisiones o acciones dirigidas a que el Estado haga frente a una actividad terrorista, cuya finalidad es alterar el orden constitucional**, utilizando como uno de sus medios la violencia contra la vida e integridad física de las personas e ignorando el sistema específico de reforma regulado en el Título X de la propia Constitución. La circunstancia de que **hayamos podido aseverar, con nitidez jurídica, que la documentación sobre la que versa el proceso se refiere a materias susceptibles de ser consideradas dentro del concepto de seguridad del Estado**, nos permite avanzar en el examen de la posibilidad que tenemos de **valorar jurisdiccionalmente** la negativa gubernamental a su desclasificación”.

No parece entenderlo así algún sector de la doctrina²³⁹ que abogan manifiestamente por la esterilidad y la irrelevancia del control de

²³⁸ Ya se hizo mención al precedente o antecedente aunque en este caso como criterio para clasificar o desclasificar un asunto considerando, por analogía o similitud, si con la desclasificación de determinadas materias semejantes se habían producido serios perjuicios para la seguridad o la defensa, obrando en consecuencia. En esa “similitud” podrían valorarse a su vez factores como los sujetos, los hechos o los fundamentos o fines de las acciones objeto de comparación. Asimismo, el juez podrá recabar elementos de juicio suficientes a los efectos de comprobar que se pueda producir o no la afección a la seguridad del Estado y la defensa nacional a través de la solicitud de actas, toma de declaración a expertos, informes, etc.

²³⁹ SAIZ ARNAIZ, A.: *Op. Cit.* p. 248. El autor manifiesta (en el caso ya aludido en que se somete al Tribunal Supremo la denegación por el Consejo de Ministros de la autorización de la convocatoria de un referéndum en el municipio de Villaverde

la motivación de un acto de dirección política, pues si la decisión es libre y el Gobierno no tiene obligación legal de actuar de una determinada manera, ¿qué sentido puede tener el control de la motivación de un acto? Pues bien, consideramos que la trascendencia es mucha, pues con independencia de esa libertad, que nadie niega, es indispensable en un Estado de Derecho la necesidad de que los actos se motiven, se justifiquen, se expliquen en definitiva para evitar decisiones arbitrarias o redundantes en intereses injustificables o espurios. ¿Qué consecuencias jurídicas se pueden derivar de la posible disparidad entre el razonamiento jurídico del Gobierno y el Tribunal? Parece evidente que no de carácter sustitutivo para evitar una intromisión en las competencias de distintos poderes, pero sí anulatorio del acto, obligando al Gobierno a reconsiderar su decisión y a formular una nueva motivación o justificación más convincente, evitando que sea éste el único y último intérprete de la Ley (el propio art. 5 LOPJ atribuye esta función a los mismos Jueces) y que sus actuaciones gocen *per se* de una presunción de legalidad *iuris et de iure*.

4.- *Recapitulación: Tipos de actos del Gobierno y su control.*

De una recapitulación de todo lo expuesto hasta ahora, podemos sacar en conclusión que:

- 1) Desde un punto de vista subjetivo, existen actos del Gobierno y actos administrativos, según procedan respectivamente del Gobierno o de la Administración.
- 2) Que dentro de los actos del Gobierno podemos distinguir en primer lugar los actos “políticos” (para algunos ya periclitados) o de dirección u oportunidad política, siguiendo bien el criterio “orgánico” por el que éstos se limitan a las relaciones entre poderes del Estado y las relaciones internacionales o bien por razón del “contenido” o por su “naturaleza”. También hay autores como SAINZ ARNAIZ que, al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la necesidad de la atribución constitucional de competencias al Gobierno, los clasifican según la Constitución asigne al Gobierno de manera directa una competencia singular como pueda ser el caso de los artículos 87 y 88, 109, 115, 124 y 134 CE (estos supuestos coinciden

Trucios (Cantabria) sobre la agregación de dicho municipio al País Vasco) que dada la condición de acto político que le reconoce el Tribunal a la decisión “– esto es su carácter no vinculado en cuanto al fondo- y consiguientemente, la insistencia en la libre voluntad del Gobierno a la hora de decidir sobre la convocatoria del referéndum”, no se alcanza a entender “la compatibilidad entre este extremo y por otro lado el análisis pormenorizado de la motivación gubernamental en derecho que del acuerdo denegatorio de la consulta popular lleva a cabo el Tribunal Supremo”.

en su mayoría con el criterio “orgánico” de relación entre poderes²⁴⁰) o lo haga de forma genérica en base al artículo 97 CE. Dentro de estos último bloque de artículos, se diferencian a su vez tres grupos de sentencias en los que se dan distintas interpretaciones en cuanto a la naturaleza de esa actividad:

- Un primer grupo que pasaría por la consideración de la actividad como ajena a la naturaleza de dirección política por cuanto que la misma se dicta “con arreglo a las normas preestablecidas” (STS. de 28 de noviembre de 1980), no se presenta directamente derivada “de la Constitución y supraordenada a la Ley” y “dentro de los límites de la Ley...., y manifestándola como resultado de un expediente administrativo” (STS. 13 de diciembre de 1990) o “sujeta al derecho administrativo” (STS. de 9 de marzo de 1985). Todo ello hace que en la STS. de 28 de noviembre de 1980 se concluya que en estas ocasiones “se realiza una actividad que generalmente viene sometida en nuestro Derecho Positivo a la revisión contencioso – administrativa”. Son los que se corresponden con los meros actos ejecutivos del Gobierno.

- Un segundo grupo de sentencias entendería que solamente se corresponde con la naturaleza de dirección política la intencionalidad, la voluntad o los fines que el Gobierno tiene al adoptar una decisión, careciendo de esta condición la materialización concreta de ésta a través de un acto o intervención concreta. Así, la STS. de 29 de noviembre de 1985 en la que se afirma que “el trasfondo o intencionalidad política de una decisión Corporativa como la contemplada, no anula el carácter netamente administrativo del trámite, ni el del acto al que se incorpora”. En este sentido, sería enjuiciable por la jurisdicción ordinaria al menos el aspecto reglado que contiene el acto o acuerdo en que se fundamenta la decisión política o de dirección. Se trataría de un supuesto

²⁴⁰ O al jurisprudencialmente aludido principio de separación de poderes, por el cual el Poder Judicial “no puede sustituirlo [al Gobierno] ordenándole lo que debe hacer” (STS. de 6 de noviembre de 1984) e impide que la potestad de juzgar “se extienda e inmiscuya en las funciones reservadas constitucionalmente a los demás poderes” (STS. de 25 de octubre de 1990). Ni permite tampoco que las atribuciones del Órgano Jurisdiccional alcancen “ni aun al socaire de la defensa a ultranza de los Derechos Fundamentales de la Persona, a la posibilidad de constreñir a ninguno de los poderes del Estado a una actuación positiva y determinada en cuestiones que están dentro del marco de su propia y exclusiva competencia” (STS. 31 de octubre de 1983). Asimismo, insisten las SSTs. de, 30 de julio de 1987, de 24 de julio de 1991 y de 22 de enero de 1993.

equiparable a la teoría de origen francés de los actos separables (*actes détachables*) que veremos más adelante.

- Un tercer grupo de sentencias propugna que la clave para definir un acto del Gobierno como de político o de dirección política estriba en que éste se dicte como consecuencia de la máxima oportunidad política. Se aluden a casos como la devaluación de la moneda (STS. de 29 de enero de 1982), la eventual autorización o denegación de un referéndum municipal (STS. 22 de enero de 1993), etc. Éstos en principio no son fiscalizables, salvo que afecten a derechos fundamentales, que será en numerosas ocasiones dada la *vis expansiva* con la que éstos cuentan²⁴¹. Ello incluso hace necesaria o inevitable la aceptación para aquellos que niegan el sometimiento de este tipo de actos en vía contenciosa, pues es la propia LOTC en sus arts. 43 y 44 la que exige agotar la vía judicial ordinaria precedente para poder acudir al recurso de amparo en sede del Tribunal Constitucional. Negar ese control, supondría *de facto* la exclusión de la fiscalización de estos actos incluso por este último Tribunal, dando lugar a una situación de indefensión manifiesta y una presunción *iuris et de iure* de la legalidad en la actuación gubernamental. En cuanto al control de legalidad del acto, en principio no es posible pues no hay normas a las que ceñirse en su decisión sobre la necesidad de clasificar o no una determinada información y al no venir vinculado el contenido del acto a un resultado o sentido determinado no existe infracción del derecho, si bien ya hemos afirmado que es perfectamente posible - y necesaria- su motivación o justificación.

- 3) Que existe otra categoría de actos del Gobierno que son meramente ejecutivos o “administrativos”. Éstos son objeto de control judicial tanto en lo que afecta a una posible vulneración de los derechos fundamentales como en lo que atañe al cumplimiento de los elementos reglados por Ley o Reglamento (en este caso de Secretos Oficiales).

²⁴¹ SAINZ ARNAIZ, A.: *Op. Cit.* p. 237 postula sin embargo la hipótesis harto improbable de que una decisión política pueda afectar a derechos fundamentales en comentario a la STS. de 9 de marzo de 1985, en relación con la decisión del Gobierno de negociar el Acuerdo Económico y Social con empresarios y trabajadores. Según sus propias palabras, “resulta muy difícil imaginar cómo la negociación de un acuerdo político – social... con empresarios y trabajadores puede llegar a provocar en cuanto tal negociación, y sin entrar ahora en el contenido de dicho acuerdo o pacto y en el modo en el que el mismo se concreten actos administrativos o disposiciones normativas, una conculcación de algún derecho fundamental”.

- 4) Que existen actos del Gobierno que pueden incluso contener, como ya dijimos, tanto una parte “directiva” o de oportunidad respecto al fondo del asunto y otra reglada, dentro de la teoría de origen francés de los actos separables (*actes détachables*) o lo que se ha venido en llamar posteriormente como “actos judicialmente asequibles”, y que serán objeto de control al menos en los elementos reglados establecidos legalmente. De hecho, el término de “conceptos judicialmente asequibles” va más allá pues, toda vez descartada cualquier infracción de los elementos reglados típicos como el procedimiento o el régimen de competencias, permitió a los Jueces (como en el ATS. de 15 de enero de 1993 y las SSTs. de 4 de abril de 1997) entrar a valorar otros aspectos consistentes en la ponderación de bienes o valores constitucionales en juego. No obstante, hay tesis que sustentan la indivisibilidad del acto ya que, aunque en hipótesis, éste se pudiera fraccionar en una parte reglada y otra decisional, los efectos serían intrascendentes pues la nulidad de una parte no podría afectar a la otra por ser de naturaleza distinta²⁴².
- 5) Que en cualquier caso, y sea cual fuere la categoría en que encasillásemos un acto del Gobierno, cualquiera de ellas es susceptible de control judicial al albur de lo dispuesto en el art. 2.a) LJCA²⁴³. Se trataría de la obligación de realizar un doble test: en primer lugar, se debe analizar si existe en cuanto al fondo un acto de dirección política del Gobierno (origen gubernamental, atribución constitucional de competencia y máxima oportunidad) y posteriormente entrar a controlar el cumplimiento de los actos reglados (si los

²⁴² LÓPEZ MENUDO, F.: *Op. Cit.* p. 47, al comentar el voto particular del magistrado Morenilla Rodríguez en la STS. de 28 de junio de 1994, mantiene que “viene a alinearse con la idea de que no es admisible atomizar el acto político del Gobierno en elementos separables, porque la parte «separable» tiene aquí distinto rango o naturaleza de la parte decisional o «política», y no se puede obstaculizar o destruir la vida de ésta desde aquella. Así, desde este punto de vista, toda atomización del acto en elementos dispersos resultaría artificiosa”.

²⁴³ Para LÓPEZ GUERRA, L. en “El Gobierno y su regulación: enfoques positivos y negativos”, RAP, núm. 70, enero –abril 2004, “la distinción entre acto de Gobierno y acto de ejecución o entre actividad de dirección y actividad ejecutiva deja de ser decisiva para determinar si un acto del Gobierno es o no revisable por órganos jurisdiccionales, aun cuando ciertamente puedan serlo para establecer **hasta dónde puede llegar esa revisión, a qué órgano jurisdiccional le corresponde y qué sujetos disponen de legitimación** para iniciar el correspondiente procedimiento”.

hubiere)²⁴⁴ o la posible infracción de algún derecho fundamental. Se rechaza así de plano la inadmisibilidad en sede judicial por la mera invocación del carácter político de un acto básicamente en función de los artículos 9 y 24.1 CE, según disponen algunas sentencias del Tribunal Supremo como la de 22 de enero de 1993. Y todo ello con independencia, eso sí, de los posibles problemas de viabilidad que en la práctica se puedan plantear en cuanto a la existencia efectiva de legitimación del actor como titular de un interés jurídicamente protegible y presuntamente dañado frente a este tipo de actuaciones gubernamentales.

La cuestión a discernir con mayor profundidad sería ahora si los actos de clasificación o desclasificación, una vez sentado que son actos del Gobierno por su autoría o elemento subjetivo, son actos de dirección política o meramente Ejecutivos o “administrativos”²⁴⁵ desde un punto de vista material. Lo veremos a continuación. Como ya hemos dejado dicho, en los casos en que la clasificación se realice por la JUJEM o cuando la clasificación o desclasificación vengan exigidas por Ley (por ejemplo, gastos reservados), entendemos que se tratan de actos indudablemente ejecutivos o “administrativos” del Gobierno tanto por su autoría como por su contenido en donde no hay ámbito para la discrecionalidad u oportunidad. Para los casos en que la clasificación o desclasificación se haga por el Consejo de Ministros o que aquéllas actividades se hagan por la “naturaleza” de los bienes a proteger (afectación a la seguridad del Estado o la defensa nacional), entonces se podría discutir la condición de dirección política de estos actos. Adelantamos que nuestra postura es que se trata también de actos encuadrables en la categoría de ejecutivos, pues la clasificación o desclasificación serían meras técnicas materiales o medio instrumental de interpretación de conceptos jurídicos indeterminados previstos en una Ley en la que se puede plasmar finalmente la actividad directiva del Estado. Y ni siquiera ésta última podría considerarse como tal, pues ya esgrimimos los argumentos de que con la nueva LJCA estas actividades

²⁴⁴ Para BALBÍN, C.F.: “El control de los actos políticos” en AA.VV., “Fundamentos y alcances del control Judicial de constitucionalidad”, Madrid, 1991, p. 55, “el acto político tiene determinados elementos reglados como son: el procedimiento con respecto a su manifestación, la formación de la voluntad de los órganos colegiados y el principio de publicidad. Lo discrecional es la facultad de hacer o no hacer, de decidir entre varios contenidos o de escoger el tiempo de la acción”.

²⁴⁵ Para GALLEGU ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A.: *Op. cit.*, es “defendible” que forme parte de la competencia de *dirigir* la política estatal. A pesar de ello, postulan que el control de la decisión del Gobierno de no desclasificar dichos documentos desde la estricta perspectiva de la protección de un derecho fundamental también debe corresponder a los órganos Judiciales.

o ámbitos de actuación propios del secreto han dejado de ser considerados expresamente como “políticos” (como se les citaba expresamente en la LJCA de 1956) y por las escasas competencias directivas que se le atribuyen al Consejo de Ministros en la normativa específica sobre el Gobierno y la defensa militar y de política exterior e interior que, a los efectos, ya vimos que es una competencia en la que se englobaría la clasificación y desclasificación dada la necesidad de considerar el art. 97 CE como el que atribuye las competencias al Gobierno, aunque ya fuera de manera indirecta o mediata.

Ya se comentó además, que se trata de decisiones ejecutivas que vienen dadas por la tramitación de determinados documentos y expedientes administrativos, y que no se plantean de manera “espontánea” o “creativa” por parte del Gobierno para definir o diseñar un determinado patrón, línea de actuación o política pública en distintos sectores que afectan a la vida de los ciudadanos como pueda ser la comercial, industrial, relaciones internacionales, tributaria, etc. Y además, porque una vez planteada la posibilidad surgida de la tramitación, el Gobierno lo que debe hacer es aplicar una Ley y su Reglamento de desarrollo para obrar en consecuencia en función de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, igual que ocurre en otros muchos ámbitos del quehacer administrativo diario.

CAPÍTULO VIII

**ACTIVIDAD CLASIFICATORIA Y DESCLASIFICATORIA:
ACTOS SINGULARES O MERAMENTE EJECUTIVOS VERSUS
ACTOS DE DIRECCIÓN POLÍTICA DEL GOBIERNO**

1.- Opción o decisión libre frente a la impuesta por la norma; “Conceptos judicialmente asequibles” y conceptos jurídicamente indeterminados; Discrecionalidad técnica e interpretativa sobre estos últimos; El caso del art. 37 LRJPAC; 2.- Criterios del Tribunal Supremo. Asignación directa o indirecta de competencias por la Constitución. Teoría de los “actos separables” y control de los actos reglados; 3.- La reforma de la LJCA de 1998 y la posibilidad definitiva de control judicial de los actos de dirección política; Interpretación restrictiva de la jurisprudencia sobre el acto político y de los límites del derecho de acceso a la información. El principio de “favor libertatis”.

1.- Opción o decisión libre frente a la impuesta por la norma; “Conceptos judicialmente asequibles” y conceptos jurídicamente indeterminados; Discrecionalidad técnica e interpretativa sobre estos últimos; El caso del art. 37 LRJPAC.

Como ya dijimos al cerrar el capítulo precedente, vamos a considerar los actos de clasificación y desclasificación como actos del Gobierno en su modalidad de “Ejecutivos” o “administrativos” en una de las competencias atribuidas a aquél por el art. 97 CE frente a los de carácter directivo o de máxima oportunidad política. Esta distinción sería innecesaria desde el punto de vista de determinados autores, pues van más allá e incluso niegan la existencia de la categoría de actos políticos equiparándolos a los meramente ejecutivos al emanar del mismo sujeto²⁴⁶.

Es obvio que los actos de clasificación o desclasificación ya cuentan de por sí con un alto componente “administrativo” en cuanto a que su adopción se debe ajustar a los términos y condiciones prescritos por la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento de desarrollo (aunque sea a conceptos jurídicamente indeterminados o “judicialmente asequibles”). Son actos del Ejecutivo que, en definitiva, se reconducen a la mera ejecución de normas legales. Pero es incluso la decisión misma de clasificar o no la que se considera, si bien discrecional, como ejecutiva o “administrativa” también atendiendo a su propia naturaleza. Si veíamos que algunos autores²⁴⁷ distinguían los actos políticos por

²⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: (poderes discrecionales, poderes de Gobierno, poderes normativos)”, Ed. Cívitas, 2004, p. 54-55.

²⁴⁷ EMBID IRUJO, A.: *Op. Cit.*

naturaleza, en este caso, y aunque sea por eliminación o descarte, los actos clasificatorios o desclasificatorios se encontrarían en el ámbito ejecutivo por no formar parte ni siquiera de aquéllos, pues la clasificación o desclasificación, aunque sea por referencia a conceptos judicialmente asequibles como sean las referencias a la defensa nacional o la seguridad del Estado, son acciones singulares ajenas a una oportunidad política plena como ocurría con los casos, por ejemplo ya citados, de la devaluación de la moneda (STS. de 29 de enero de 1982), la eventual autorización o denegación de un referéndum municipal (STS. 22 de enero de 1993), la decisión de implantar la televisión privada (STC. 12/1982, de 31 de marzo), la fijación de la capitalidad de una Comunidad Autónoma (STS. de 30 de julio de 1987), la decisión gubernamental de enviar a las Cámaras un Proyecto de Ley (STS. de 25 de octubre de 1990), etc. En éstas se pone de manifiesto plenamente el cariz orientativo, de fijación de objetivos y metas y de dirección general de la comunidad política que deben ostentar los actos políticos, así como la libertad de optar entre distintas “decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de acción” (STS. 4 de abril de 1994). En la decisión de clasificar o desclasificar no encontramos esa libertad, pues o las circunstancias afectan de manera directa y suponen un grave riesgo para la seguridad del Estado y la defensa nacional (en cuyo caso habrá que clasificar) o no se producirá tal afectación, en cuyo caso no es admisible la clasificación. Como ha afirmado la doctrina²⁴⁸, “o la Administración requerida tiene el deber de dar la información o tiene el deber de no darla, sin que quepan situaciones intermedias. En otras palabras, si existen razones fundadas en derecho que impidan dar la información, no es que la Administración requerida «pueda» dejar de facilitarla, sino que «no puede» facilitarla. En definitiva, cuando median razones fundadas en derecho, no queda a la mera disponibilidad de la Administración satisfacer o no la petición..”.

Se nos hace difícil además no resaltar las palabras del magistrado XIOL RÍOS que en el FJ. Quinto de su voto particular a la última sentencia aludida ubica este tipo de decisiones del Gobierno en el ámbito de la discrecionalidad técnica (y por tanto jurídica-aunque para nosotros, como se verá más adelante se trate de una discrecionalidad interpretativa en función de conceptos jurídicos indeterminados-) y no duda en afirmar que,

“El ámbito de los secretos de Estado entiendo que no forma parte de los actos que pertenecen al núcleo de las relaciones entre órganos y poderes constitucionales cuyo equilibrio somete a determinadas garantías la norma constitucional, ni tampoco es equiparable a las decisiones que se toman en el terreno más crudamente político de las opciones entre preferencias sometidas a la crítica del cuerpo electoral (en la que es

²⁴⁸ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *Op. Cit.*, p.175.

patente la prevalencia de otros métodos alternativos de control al judicial, aunque no siempre resulte excluido éste por principio), **sino que se integra en la materia que en otros derechos se caracteriza como perteneciente al mundo de los expertos**. De esta suerte, permite someter a examen aquellos elementos de la actuación fiscalizada que, sin convertir al tribunal en un foro alternativo para la toma de la decisión, favorece el abordar con métodos jurídicos el examen de la razonabilidad de aquélla por tratarse de **conceptos comprensibles** para el tribunal con cierta garantía de acierto y no especialmente comprometidos por la necesidad de disponer de unos conocimientos o de un nivel de información que pueden resultar inaccesibles al juzgador”.

En estos casos pues, en que se dieran las circunstancias establecidas por el ordenamiento jurídico, el Gobierno no tiene margen de apreciación alguna y solo puede actuar en un sentido, esto es, el que determina la Ley aunque fuese mediante conceptos jurídicos indeterminados. Por otro lado, el hecho de que se supedite la decisión a una posible afectación a la seguridad del Estado o la defensa nacional no se considera que deja un ámbito de discrecionalidad o de apreciación más exorbitante que las decisiones que puede adoptar a diario la Administración con respecto a otras cuestiones como, por citar un ejemplo más próximo a la materia objeto de estudio, las relativas a seguridad ciudadana vinculada con la posible alteración del orden público (autorización de una manifestación, suspensión de espectáculos públicos, desalojo y cierre provisional de establecimientos, limitación o restricción de la circulación o permanencia en vías o lugares públicos, entradas en domicilios, etc.). Todas estas decisiones procederán de las autoridades gubernativas competentes, bien por el Ministro del Interior, Delegados del Gobierno, Subdelegados del Gobierno, etc. en apreciación de circunstancias que aunque apreciables de manera subjetiva, vienen contempladas en la Ley²⁴⁹, como la perturbación grave de la seguridad ciudadana; los riesgos o peligros para personas y bienes; la perturbación de la pacífica convivencia; la prevención de actos delictivos; las situaciones de emergencia; la alteración del orden; la seguridad ciudadana o la pacífica convivencia; evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas; en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad, etc. Pues bien, estas causas justifican la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, dando lugar en muchas ocasiones a la limitación de derechos fundamentales y, como tal limitación, no puede hacerse sino es a través de autorización o con conocimiento y el control de la autoridad judicial, tal y como preceptúa el art. 55 CE, así como en las Leyes Orgánicas que regulan los distintos derechos fundamentales y en la propia Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana de donde se han extraído los términos que hemos visto como legitimadores de la intervención policial y la limitación de derechos. Paralelamente, y estableciendo una fácil analogía, no vemos pues razón por la que la acción gubernativa de clasificación o no desclasificación de documentos

²⁴⁹ Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

en función del riesgo para la seguridad del Estado y la defensa nacional no puede ser objeto también de ese control judicial al constituir conceptos tan amplios de interpretación como los mencionados respecto a la seguridad ciudadana y limitar mediante su invocación determinados derechos fundamentales como los que se vieron en el Capítulo IV de este trabajo.

Además, existen razones en el propio ordenamiento jurídico español que corroboran esta concepción ejecutiva que no política o constitucional que aquí se defiende. Ya vimos las que considerábamos en función de lo dispuesto en el art. 92 CE y la imposibilidad de someter a referéndum la decisión de clasificar o no desclasificar, por lo que, *sensu contrario*, no se podía considerar como una “cuestión de trascendencia política”. También se invocó el art. 94 CE en el que se distinguían Tratados Internacionales de diferente cariz, haciéndose distinción entre distintas categorías entre las que no se consideraban equiparables los de carácter político con otros que afectaran a la defensa o la seguridad del Estado (interpretada ésta como aquella relacionada con materias como la integridad territorial de España o los derechos fundamentales del Título I CE). Asimismo, si acudíamos a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, nos apercebíamos de que en su art. 37, dentro de las excepciones al régimen de acceso a archivos y registros, se hace una separación expresa de dos causas que el propio legislador considera distintas, como son “**las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo**” respecto a aquellos documentos “que contengan información sobre la **Defensa nacional o la Seguridad del Estado**” y “el acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre **materias clasificadas**”.

El Gobierno, asimismo, no podrá plantearse la clasificación o desclasificación ni clasificar o desclasificar la documentación libremente, según cuestiones de oportunidad, sino en función de las obligaciones formales marcadas por la Ley de Secretos Oficiales aunque ésta sea a través de conceptos jurídicamente indeterminados, no cabiendo, por tanto, espacio para la imprevisibilidad, la innovación o la libre iniciativa en la toma de la decisión.

Pero es que además, no consideramos que la mera clasificación o desclasificación de documentos vaya más allá de actos singulares que carecen de la generalidad, la iniciativa, la creación o innovación a la que se aludía como características mínimas que debían imbuir la naturaleza de cualquier acto político, ni siquiera en aquellos supuestos en que el Gobierno, a través de la iniciativa legislativa, decida “calificar” una determinada materia o documentación como secreta a través del

correspondiente proyecto de Ley, pues dicha decisión vendrá condicionada por la existencia o no de unas circunstancias predeterminadas legalmente como son los riesgos y amenazas que la publicidad de los mismos pueden suponer en la seguridad del Estado y la defensa nacional. El Gobierno, así, deberá o no clasificar una materia o documentación en consideración de estos parámetros establecidos *a priori* en la Ley de Secretos Oficiales sin que exista esa plena “creatividad”, “innovación” o libre iniciativa que se reconoce a toda actividad política del Gobierno.

Por último, y a través del estudio que se hizo en un capítulo anterior de los términos seguridad del Estado y defensa nacional, se puede deducir que no son conceptos o términos tan susceptibles de una amplia interpretación, pues ambos se encuentran bastante delimitados a través de la normativa de defensa; documentos como la Estrategia Española de Seguridad; la propia jurisprudencia; el precedente, valorándose circunstancias como los sujetos, los hechos o fundamento de acciones anteriores que supusieron un daño efectivo a la seguridad del Estado o la defensa nacional o los propios elementos de juicio que el Juez pueda solicitar en forma de actas, informes, toma de declaraciones, etc.

2.- Criterios del Tribunal Supremo. Asignación directa e indirecta de competencias por la Constitución. Teoría de los “actos separables” y control de los actos reglados.

En cualquier caso, utilizaremos de nuevo la jurisprudencia para intentar fundamentar la postura anteriormente sostenida. Efectivamente, existe abundante jurisprudencia en la que el Tribunal Supremo determina el carácter no “político” de actos vinculados a la defensa y, por similitud o paralelismo, entendemos que la clasificación o desclasificación no dejan de ser parte de este grupo de actos²⁵⁰.

²⁵⁰Sin embargo, la STS. de 4 de abril de 1997 no duda en afirmar en su FJ. Séptimo que, “En este sentido, aceptado por el artículo 105, b) de la Constitución el principio de que por vía legal se regule el secreto de determinados documentos, «en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado», **la importancia de la excepción**, en cuanto parece contraria a los comunes principios de convivencia democrática, excluyendo «ab initio» del normal control por los otros poderes e instituciones del Estado a los documentos relativos a determinadas materias reservadas, cuyo pleno conocimiento se les sustrae por imperativo legal, nos lleva a considerar que la naturaleza de las resoluciones sobre su desclasificación **es la propia de la potestad de dirección política** que atribuye al Gobierno el artículo 97 de la Constitución. La justificación de la atribución de esta potestad al ámbito de la actuación política del Gobierno se encuentra en que una excepción de la trascendencia de la que hemos descrito **solamente puede moverse en las zonas más altas y sensibles, atinentes a la permanencia del orden constitucional**, entendido éste como un todo regulador y

Las sentencias son anteriores a 1998 y en ellas se excluyen del supuesto previsto en el antiguo art. 2.b) LJCA actos relacionados con la defensa que eran los que a su vez excluía el citado artículo de ser sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa por tratarse de actos políticos, junto a otros como las relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar.

La jurisprudencia del Supremo determina, como ya vimos, que para la existencia del acto político es necesario que el acto se dicte por un componente del Gobierno, que lo haga y en el ejercicio de una potestad atribuida constitucionalmente bien de manera directa y específica (como pueda ser todas aquellas funciones de relaciones entre poderes como son los actos que regula el Título V CE o las relaciones internacionales -cuyo carácter político no se discute por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia del TC-) o bien de forma genérica a través del art. 97 CE²⁵¹, y en el que exista un amplio margen para la oportunidad

En una jurisprudencia primigenia anterior a la reforma de la LJCA de 1998 se descartaba cualquier tipo de control judicial respecto a los actos que se derivan de una atribución constitucional directa y específica y lo hacía en función de dicha atribución por la que no existía desarrollo legal de los parámetros formales o reglados a controlar por el Poder Judicial.

Respecto a los actos dictados como consecuencia de una atribución genérica como es el caso del art. 97 CE, el TS adopta distintas posturas:

- 1) Si existe una norma con rango legal que establece los elementos reglados susceptibles de control, no se tratará en puridad de un acto político y, por tanto, existirá una parte reglada o sometida a la legalidad ordinaria que habrá que cumplir.

definidor de las sustanciales formas políticas y jurídicas de convivencia ciudadana en el ámbito nacional español, frente a quienes por medios violentos pretenden atentar contra su subsistencia, mediante ataques a su seguridad interior o exterior”.

²⁵¹ La STS. de 30 de julio de 1987 establece, a su vez, que el acto político lo es por su naturaleza y no porque se haya producido con una finalidad política. Así lo confirma EMBID IRUJO, si bien declara que se trata en todo caso de una naturaleza “muy difícil de concretar en una lista cerrada, de ahí que el artículo 2.b) (de la LJCA de 1956 se entiende) plantee una enumeración ejemplificativa”.

- 2) Aquellas sentencias que tratan de identificar la parte política del acto en función no de la identificación de la parte reglada o regulada legalmente, sino de la parte en la que existe el fin o la voluntad política como elemento volitivo o de oportunidad del acto.
- 3) Aquellas sentencias que ponen el énfasis en la máxima oportunidad gubernamental o “politicidad” del acto para su identificación aparte del contenido reglado.

En cualquier caso, lo importante es que para estos supuestos se reconoce la posibilidad del control judicial en la parte reglada del acto mediante sentencias anulatorias sin que, tal y como han destacado autores²⁵², en ningún caso el Juez llegue a inmiscuirse en la actividad gubernamental, ordenándole lo que tiene que hacer a través de sentencias sustitutorias de la discrecionalidad gubernamental. En este sentido nos resulta particularmente interesante lo afirmado por algún sector de la doctrina²⁵³ en cuanto que “es incuestionable que existen actos de Gobierno -que sin referirse a las relaciones entre órganos constitucionales- pueden tener un contenido político en el que el ordenamiento jurídico le deja un margen discrecional de actuación. En estos supuestos, no es que el acto esté exento de control jurisdiccional, sino que, *al no venir vinculado su contenido en un sentido determinado, no infringe el derecho*”. Aplicado a los actos que conciernen a este estudio, se podría decir que la decisión en sí misma de clasificar o no una materia por parte del Gobierno o de negarse a su desclasificación no infringe *per se* el derecho ni las Leyes y por tanto no deviene ilegal. Lo único que podría ser ilegal o contrario a derecho es el incumplimiento de los requisitos formales establecidos legalmente para la clasificación o desclasificación a la hora de materializarse esa decisión (competencia, procedimientos, etc.), que exista una posible vulneración de derechos fundamentales o abuso de derecho por no ajustarse la decisión a la protección de la seguridad del Estado o la defensa nacional como conceptos judicialmente asequibles, o que el mismo acto o los hechos que se encubren con la clasificación o la no desclasificación sean ilícitos y en ese caso lo que debería hacerse por parte del Tribunal de justicia sería el control de la motivación o el fin del acto clasificatorio o no desclasificadorio, pudiendo considerarse también tal motivación como una parte reglada del acto.

Para permitir la extensión del control no solo a la competencia y el procedimiento como factores de legalidad o actividad reglada,

²⁵² BACIGALUPO SAGESSE: *Op. Cit.*

²⁵³ GONZÁLEZ SALINAS, P.: “Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Cívitas, nº 79, 1993, págs. 493 a 596.

JORDANO FRAGA niega, como ya vimos, la existencia del acto político y entiende que lo que existe realmente son actos del Gobierno discrecionales o “elementos discrecionales insertados en la actividad jurídica de los órganos colegiados de Gobierno”. Admitida esta premisa, es posible plantear la extensión del control que se postula respecto a este tipo de actos a través de mecanismos como el análisis de los hechos determinantes de la decisión, el control del fin, etc. No lo entienden así otros autores como LÓPEZ MENUDO, que partiendo de la diferenciación de los actos políticos y los actos discrecionales como categorías pertenecientes a ámbitos diferenciados, solo admitiría el citado control de los hechos determinantes cuando vengan configurados por la Ley como “elemento necesario limitador del propio ámbito de libertad de decisión”, que es precisamente, según pensamos, la característica que presenta en el ámbito clasificatorio de documentos la afección a la seguridad del Estado y la defensa nacional a la hora de decidir sobre la clasificación de una materia, por lo que también desde la perspectiva de este último autor se haría posible el control judicial aunque no desde la perspectiva de la teoría de los actos discrecionales, sino como elementos necesarios y limitadores de la decisión.

En cuanto al aspecto que nos interesa, es evidente que, como ya dijimos, los actos de clasificación o desclasificación de documentos son actos del Gobierno desde un punto de vista subjetivo, pues la LSO los atribuye al Consejo de Ministros (dejando aparte la JUJEM). En cuanto a su consideración como políticos o de dirección política, tampoco parece descartable para un sector de la doctrina, aunque para nosotros ya hemos dicho que es más que discutible. La atribución constitucional no la podemos considerar directa o específica, pues no encontramos mención expresa sobre el asunto. Pero podemos considerar que la legitimidad constitucional deviene indirecta o genérica a través de artículos como el 8, el 105.b) o el 97 CE en los que se hace mención a las Fuerzas Armadas, la seguridad del Estado, la defensa nacional y la dirección política del Estado. En este punto pues, debemos reconocer que la competencia viene reconocida por la Constitución aunque sea de forma indirecta o genérica, si bien, ya vimos que esa atribución indirecta al Gobierno como órgano colegiado no se correspondía con la atribución de funciones directivas o de dirección política vinculadas a la defensa a miembros unipersonales de ese Gobierno que hacía la Ley que regula el mismo. Ahora bien, con independencia de que la clasificación o desclasificación se tratase de un acto competencia del Gobierno por atribución de la Constitución aunque fuese indirectamente mediante la interpretación de los artículos mencionados, ¿se trataría de una competencia directiva con plena libertad de opción o meramente ejecutiva de una norma jurídica como otras tantas atribuidas al Gobierno en consideración de o limitada por conceptos jurídicos indeterminados como pueda ser el de interés general, la seguridad ciudadana, el orden

público o, en el caso que nos atañe, la afectación de la seguridad del Estado y la defensa nacional?

Entendemos que estos actos no son actos políticos exclusivamente en tanto que la atribución constitucional es genérica y por cuanto que su régimen jurídico se ha remitido a una Ley (LSO) y su Reglamento de desarrollo para que la clasificación y desclasificación se hagan según unas premisas jurídicas establecidas *a priori* y de obligado cumplimiento (entre ellas, que la clasificación o desclasificación se hagan en función de un *prius* jurídico insoslayable para la libertad de decisión gubernamental representado por el daño o riesgo efectivo a la seguridad del Estado o la defensa del nacional que pueda representar la publicidad de ciertos documentos). Es en este aspecto, y haciendo mención a la teoría de los actos separables, en el que entendemos que el acto de clasificación o desclasificación tendría inicialmente una parte o componente de tipo discrecional o volitivo y otro jurídico o administrativo en el ejercicio de la función ejecutiva del mismo. Por otra parte, y como ya vimos, ni siquiera se atribuye al Consejo de Ministros funciones directivas en materia de defensa realmente significativas.

No es extraño así, que el ordenamiento jurídico atribuya al Gobierno en otros ámbitos de actuación competencias “administrativas” o ejecutivas, como por ejemplo, el otorgamiento de permisos de investigación y concesiones de explotación de hidrocarburos (arts. 15. 1 y 25.3 de la Ley del Sector de Hidrocarburos de 1998), la revocación del asilo o de algunos o todos los beneficios previstos en este ámbito en aplicación del art. 20 de la Ley 5/1984, Reguladora de la condición de asilo y de la condición de refugiado, así como las ya mencionadas en materia de seguridad de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, etc. y que, en todo caso, no son más que una muestra más de que las autoridades gubernamentales deberán ejercer las competencias, aun discrecionales, según los términos de la legislación sectorial y no en otros distintos fruto de una decisión completamente libre del Gobierno.

3.- La reforma de la LJCA de 1998 y la posibilidad definitiva de control judicial de los actos de dirección política; Interpretación restrictiva de la jurisprudencia sobre el acto político y de los límites del derecho de acceso a la información. El principio de “favor libertatis”.

Sin embargo, la cuestión va más allá, pues en función de la reforma de la LJCA de 1998 (art. 2.a) y el criterio del bien jurídico protegido a través del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (supuesto del derecho a la vida en el caso de los papeles del CESID), han puesto en solfa semejante sistema y se propugna incluso la posible intervención en la decisión política al legitimar a los Jueces para acceder a los documentos para su conocimiento. Es incontestable que el artículo mencionado anteriormente solo alude como materia susceptible de

control jurisdiccional a los “actos del Gobierno” sin distinguir entre los políticos y aquellos que no tienen tal condición, pues se refiere a ellos como “cualquiera que sea su naturaleza”. Por tanto, todos los actos del Gobierno, incluidos los políticos, serán revisables por los Jueces cuando pueda ponerse en peligro algún derecho fundamental (o bien jurídico de suma trascendencia), cuando se trate de cotejar el cumplimiento de los elementos reglados del acto en el supuesto de que así vengan regulados en una Ley (“elementos judicialmente asequibles” en palabras del TS en la sentencia de los papeles del CESID) o cuando se trate de la exigencia de indemnizaciones como consecuencia de los daños ocasionados por la actuación gubernamental. Se puede afirmar así, con JORDANO FRAGA, que en este sentido se ha producido la muerte o “el jaque mate” al acto político y que ni siquiera los actos políticos más puros como los representados por las relaciones entre poderes, las relaciones internacionales o los atribuidos al Gobierno directamente por la Constitución están exentos del control judicial en los casos previstos en la LJCA de 1998.

Esta forma de entender la cuestión se manifiesta discrepante con la postura de otros autores como PÉREZ ROYO, GARRIDO CUENCA O SÁNCHEZ MORÓN. Para el primero, lo único que los Jueces pueden vislumbrar es si la clasificación o desclasificación se ajusta a la LSO, pues su interpretación al albur de la Constitución solo atañe al Tribunal Constitucional y si el Tribunal ordinario, en el análisis de la legalidad del acto clasificatorio considera que atenta contra algún derecho fundamental lo único que puede hacer es plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad²⁵⁴.

Esta postura, en puridad, podría ser admisible si el legislador ordinario no hubiese manifestado expresamente su voluntad de que sea la jurisdicción contenciosa administrativa la que conozca también de estas cuestiones en el tan repetido art. 2.a) LJCA. Pero es que además, la propia LJCA contempla en sus artículos 114 a 122 el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de las personas como aquella vía previa que se debe agotar para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional. No podemos considerar pues que la jurisdicción ordinaria sea ajena a este tipo de cuestiones constitucionales, pues así lo desea expresamente el legislador, sin que se produzca deslegitimación alguna por parte del Poder Judicial ni intromisión en el ejercicio de funciones de otros poderes. A pesar de ello, el sector doctrinal citado sostiene que, pese a esta legitimidad

²⁵⁴ Así parece respaldarlo RODRÍGUEZ GARCÍA (Presidente de la Sala Tercera en la STS. de los papeles del CESID, al afirmar que “solo en el caso...de que el acto impugnado fuera contrario a la mencionada Ley -se entiende la de Secretos Oficiales-, es cuando habría de haberse preguntado si su ilegalidad trascendía a aquellos derechos, habida cuenta del ámbito limitado del proceso especial en que nos hallamos”).

material, es necesaria otra de carácter subjetiva o formal por la que la LSO reconozca o confiera al Poder Judicial la competencia expresa para clasificar o desclasificar documentos (lo cual evidentemente no ocurre con el sistema jurídico actual) pues de lo contrario, la LSO o cualquier otra Ley sobraría y a partir de ese momento “no habría forma de configurar límite alguno a la intervención del Poder Judicial”.

Con independencia de que esta teoría fuese aceptable, choca con el reconocimiento por razón de la materia que hace el art. 2.a) LJCA a los Jueces para el conocimiento de cualquier acto del Gobierno (no solo de clasificación y desclasificación de documentos) que pongan en peligro los derechos fundamentales. Es la Ley la que permite la aplicación directa de la Constitución por los Tribunales de justicia, por lo que, o bien la Ley es inconstitucional, o se debe admitir su aplicación sin más.

Los propios actos de clasificación y desclasificación (como lo fueron el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 por la que se decidió la clasificación de los papeles el CESID y la Resolución del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996 por el que se negó la desclasificación de los mismos) son actos meramente Ejecutivos o singulares y, por tanto, reglados y su control será objeto de planteamiento ante la jurisdicción contenciosa con carácter general, comprobándose que los mismos se hayan ajustado a lo establecido en la LSO y su Reglamento de desarrollo. Sin embargo, la decisión misma de clasificar o no desclasificar no plasmada todavía en ningún acto e inspirada en la seguridad del Estado y la defensa nacional, pudiera ostentar la condición de acto directivo o puramente político, pero también estaría sometida al control de la jurisdicción ordinaria, si bien en este caso controlando los conceptos judicialmente asequibles y ponderando éstos con la posible vulneración de los derechos fundamentales esta vez, eso sí, a través de las disposiciones específicas de la LJCA establecidas para regular el procedimiento preferente y sumario previsto al efecto.

Como ha postulado la doctrina²⁵⁵, entendemos que dentro de la categoría de actos políticos “por naturaleza”, los actos puramente políticos o de dirección política se caracterizan o implican “una capacidad de impulso originario, de creación....y que puede calificarse de política en cuanto innovadora y creadora y no meramente ejecutora.....Capacidad de innovación e iniciativa aparecen así como contenido mínimo de la dirección, en contraposición con la ejecución”. De otra parte, confirma que los actos políticos o de Gobierno son “aquellas actuaciones del Poder Ejecutivo no reconducibles, empero, a la

²⁵⁵ LÓPEZ GUERRA, L.: “Funciones del Gobierno y dirección política”, Documentación Administrativa, nº. 125, julio – septiembre 1998, pp. 25, 26 y 36.

mera ejecución de las normas legales, ni en consecuencia, revisables jurisdiccionalmente a la luz de éstas como único parámetro”. Son estas consideraciones las que, eso sí, desde una interpretación muy personal y por tanto opinable, nos llevan a sustentar la tesis de que la actividad clasificatoria y desclasificatoria del Consejo de Ministros son actos ejecutivos, singulares o “administrativos” ya que en el momento de adoptar estos acuerdos ¿es que puede existir otro parámetro o criterio que no sea el estrictamente marcado por la Ley - en este caso la de Secretos Oficiales -? El Gobierno no podrá, por tanto, clasificar o desclasificar la documentación libremente, según cuestiones de oportunidad, sino en función de las obligaciones formales marcadas por la Ley de Secretos Oficiales, aunque ésta sea a través de conceptos jurídicamente indeterminados, no cabiendo, por tanto, espacio para la imprevisibilidad, la creatividad o la libre iniciativa en la toma de la decisión.

No consideramos que la mera clasificación o desclasificación de documentos vaya más allá de actos singulares que carecen de la generalidad, la iniciativa, la creatividad o la innovación que la citada doctrina aludía como características mínimas que debían imbuir la naturaleza de cualquier acto político. Aunque dicha consideración puede ser perfectamente objeto de posiciones en contra, nuestra postura es la de defender la naturaleza meramente ejecutora de estos actos al amparo, eso sí, del art. 97 CE, en la que por cierto, también se hace mención a este tipo de funciones gubernamentales. Sin embargo, es el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de abril de 1997, en el caso de los papeles del CESID, la que afirma precisamente lo contrario, al reconocer la naturaleza política del acto desde un punto de vista material, considerando,

“la importancia de la excepción” prevista en el art. 105.b) CE al principio general de publicidad, por lo que ésta “solamente puede moverse en las zonas más altas y sensibles, atinentes al orden constitucional, entendido éste como un todo regulador y definidor de las sustanciales formas políticas y jurídicas de convivencia ciudadana en el ámbito nacional español, frente a quienes por medios violentos pretenden atentar contra su subsistencia, mediante ataques a su seguridad interior o exterior”.

Por otra parte, y siguiendo la doctrina aludida anteriormente, se deja patente que “el reconocimiento y garantía de un contenido material propio de la función de dirección política del Poder Ejecutivo....se traduce en el reconocimiento de un área de actuación reservada a ese poder”. “Consecuencia de este punto de partida sería, primeramente la existencia de un ámbito reservado a la acción del Gobierno, del que se excluiría la intervención de otros órganos constitucionales”. Pues bien, estas consideraciones entendidas *sensu contrario*, nos llevan a pensar que los actos clasificatorios y desclasificatorios tampoco se pueden considerar de naturaleza política ya que esta potestad no atribuye un “área de actuación reservada” al Consejo de Ministros sin intromisión de otros poderes como ocurre con el Legislativo al que el art. 1.2 de la LSO

reconoce la potestad para declarar el carácter secreto de determinadas materias por Ley. Ya dijimos que también se atribuía a la JUJEM, si bien en este caso no se puede considerar como otro poder al estar inmerso en el Ejecutivo, aunque en este caso como Administración. En este sentido, tampoco estaría exenta de una intervención judicial a través de la actividad de control de las decisiones.

Asimismo, y para el caso que siempre quedasen posibles dudas, es la propia jurisprudencia la que nos puede facilitar criterios para optar por la interpretación del acto clasificatorio o desclasificadorio como ejecutivo, al tener dicho que el concepto de acto político ha de ser interpretado en cualquier caso con carácter *restrictivo*, “como cláusula de cierre informativa de todas aquellas actuaciones que encierran en sí mismas una prerrogativa o un privilegio”, “dada la exclusión jurisdiccional de que son objeto” (STS. de 9 de marzo de 1985). Asimismo, la jurisprudencia es también restrictiva respecto a la limitación del derecho de acceso a la información, especialmente cuando otros bienes o derechos están en juego (así, por ejemplo, la STC. 6/1981). Este tipo de interpretación resulta a su vez acorde con el principio de *favor libertatis* y la jurisprudencia constitucional establecida al respecto por la cual la interpretación de los conflictos en torno a los derechos fundamentales se debe hacer de forma que sea siempre más favorable a la plenitud de los propios derechos frente a su limitación. Si como ya veíamos, la clasificación o desclasificación podían suponer dicha limitación, parece lógico que, en caso de duda, se optase también por la decisión a favor de la desclasificación o no clasificación con independencia ya de la polémica en torno a la naturaleza política de dicho acto.

Todo ello nos lleva a pensar en la posibilidad de su revisión judicial ordinaria bajo los parámetros de legalidad, controlando el cumplimiento de los elementos reglados clásicos como son el procedimiento y la competencia o bien si simplemente la clasificación o desclasificación vienen contempladas expresamente por Ley, interpretando los conceptos jurídicos indeterminados de seguridad del Estado y la defensa nacional como motivos legitimadores, así como mediante la ponderación de los bienes jurídicos en juego cuando se encuentre en peligro la integridad de algún derecho fundamental reconocido en la Constitución, a través de criterios como la proporcionalidad, la razonabilidad, la racionalidad o la necesidad imponderable de la decisión.

CAPÍTULO IX

CONTROL POLÍTICO O PARLAMENTARIO. EL ACCESO PERMANENTE A LA INFORMACIÓN.

1.- Características del control: de oportunidad, expreso, con legitimidad directa de los ciudadanos, limitado y colectivo o colegiado; El art. 37.6.f) LRJPAC como remitente a los arts. 109, 110 y 111 CE y a las Resoluciones del Congreso de los Diputados de 18 de diciembre de 1986, de 2 de junio de 1992 y de 11 de mayo de 2004; 2.- Algunos métodos de control parlamentario: Preguntas e interpelaciones, Comisiones, solicitud de comparecencias de miembros del Gobierno, así como mediante el acceso a los archivos y registros de las Administraciones Públicas y las autorizaciones al Gobierno; 3.- Posibilidad del control judicial ante la denegación de acceso del Gobierno a solicitud del Parlamento; Insuficiencia de los medios parlamentarios tradicionales. Obligación de motivar la decisión denegatoria del Gobierno; Imposibilidad de sustitución del Poder Judicial por el Parlamento; Un atajo a la denegación gubernamental de la documentación al Juez: Solicitud del Juez a las Cortes; Breve reseña al Defensor del Pueblo como Alto Comisionado de las Cortes y el control parlamentario del CNI.

1.- Características del control: de oportunidad, expreso, con legitimidad directa de los ciudadanos, limitado y colectivo o colegiado; El art. 37.6.f) LRJPAC como remitente a los arts. 109, 110 y 111 CE y a las Resoluciones del Congreso de los Diputados de 18 de diciembre de 1986, de 2 de junio de 1992 y de 11 de mayo de 2004.

El art. 10.2 LSO establece una excepción al régimen general de no acceso a las materias clasificadas y establece expresamente que,

*“La declaración de materias clasificadas no afectará al **Congreso de los Diputados ni al Senado**, que tendrán **siempre** acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas”.*

El citado artículo trasluce la intención del legislador en cuanto al reconocimiento del acceso permanente del Poder Legislativo a la información clasificada con la finalidad de realizar un control de la actividad clasificatoria o desclasificatoria del Gobierno, como una especialidad de la actividad de control general sobre el Gobierno que reconoce para los Cortes Generales el art. 66.2 CE.

En primer lugar, y a diferencia del control judicial, se trata de un control político en función de criterios de *oportunidad* y lo que se analiza es lo que convendría que el Gobierno hiciera o no hiciera bajo parámetros de oportunidad. Además, es un control *eventual* derivado de

consideraciones surgidas de conveniencias o circunstancias del momento que son de suyo cambiantes a lo largo del tiempo y que serán objeto de apreciación libremente por parte de Diputados y Grupos Parlamentarios, sin verse compelidos, bien de oficio o bien a instancia de parte, por las exigencias del respeto a la legalidad característico del Poder Judicial. En este sentido, y como ya se ha postulado que los actos clasificatorios del Gobierno no se consideran actos políticos y que, por tanto, el margen de oportunidad, solo quedaría circunscrito como máximo a la decisión en sí misma de clasificar o no un asunto, esta versión de control por parte del Legislativo se vería limitado únicamente a este último extremo.

Por otra parte, se trata de un medio de control *expreso* a diferencia del judicial sobre el que nada se dice en la LSO ni en su reglamento de desarrollo. Si en la LSO de 1968 ya se preveía el control permanente del Legislativo en este ámbito sobre el Gobierno, respecto del control judicial se hacía una mención también, aunque en este caso en sentido negativo, al excluir expresamente a la jurisdicción contencioso - administrativa del conocimiento de estos asuntos. La supresión de esta exclusión expresa del Poder Judicial en la reforma de la Ley de 1978, como ya vimos, ha permitido a un sector de la doctrina encabezado por MARTÍN RETORTILLO justificar el reconocimiento tácito del control judicial al no contemplarse expresamente la citada prohibición, pues en derecho, todo aquello que no esté prohibido expresamente puede considerarse permitido²⁵⁶.

²⁵⁶ Así también el magistrado PASCUAL SALA en su voto particular a la STS. de 4 de abril de 1994, que confirma esta postura al indicar que, “respecto de la garantía jurisdiccional, la Ley de reforma ahora considerada suprimió el párrafo 2.º del art. 10 de la Ley inicial que expresamente excluía de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de las cuestiones que se suscitaban en relación con las calificaciones a que la misma se refería, con lo que hizo factible el actual sistema legal vigente en España que, en presencia del art. 58.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atribuye el control jurisdiccional de tales cuestiones a esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, cualesquiera sean las críticas que dicho sistema pueda merecer”. También el magistrado XIOL RÍOS, en cuyo FJ. Sexto de su voto particular a la citada sentencia mantiene que “la única opción que claramente toma el legislador -y a la que la sentencia no hace referencia- consiste en suprimir del artículo 10.2 de la Ley 9/1968, de 5 abril, de Secretos Oficiales, la frase «No corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con las calificaciones a que se refiere esta Ley» (artículo único de la Ley 48/1978)”. Con ello, por vía de inversión lógica perfectamente lícita en la interpretación de la Ley, debe llegarse a la conclusión de que se «consagra la facultad jurisdiccional de control sobre los actos que se han sometido a nuestro enjuiciamiento», aunque nada se dice sobre las técnicas ni sobre el alcance de este control, ni sobre los estándares que deban aplicarse”.

En tercer lugar, consideramos que el control ejercido por parte del Parlamento ostenta un plus de legitimidad respecto a las decisiones que se adopten en función de un posible riesgo de la defensa nacional, pues la Nación no es más que el conjunto de la ciudadanía cuya máxima representación colectiva se configura en aquél al haber sido elegido directamente por todos los ciudadanos en elecciones generales. Goza pues este órgano de una *legitimidad directa* vinculada a la popular o democrática frente a la de carácter indirecto de los Jueces y Tribunales. Así lo han dejado patente autores como LÓPEZ GUERRA al reivindicar las competencias de dirección política del Parlamento o RAFAEL DEL ÁGUILA al defender la mejor adecuación al sistema democrático del control parlamentario de estas cuestiones frente al estrictamente judicial en lo que ha denominado como un “juicio desde la pluralidad”²⁵⁷.

Asimismo, dentro de las características de este tipo de control y a pesar de su configuración como “permanente”, no podemos olvidar que también se encuentra *limitado*, aunque no de manera tan estricta como ocurre con los límites oponibles al Poder Judicial. De esta manera, los arts. 7.2 y 44.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados establecen la posibilidad del Gobierno de oponer a las solicitudes de los Diputados y Grupos parlamentarios “razones fundadas en derecho” para negarse. Estas razones fundadas en derecho podrán venir de la Ley (por

²⁵⁷ DEL ÁGUILA, R.: “Dilemas y secretos del secreto de Estado”, en “Claves de la Razón Práctica”, nº 83, junio 1998, pp. 13 a 19. El autor niega la posibilidad de un control del secreto de Estado desde la legalidad por el Poder Judicial y considera mucho más factible un control que denomina de “prudencia” realizado por el Parlamento como órgano que representa a los ciudadanos. Justifica su idea en que mientras el juicio de legalidad se fundamenta en la aplicación de reglas, el de prudencia lo hace sopesando las consecuencias de su aplicación. Así, “pudiera decirse que la lógica de la legalidad se rige por la racionalidad (Kantiana) y el establecimiento de principios de justicia, mientras la lógica de la prudencia se rige por la prudencia (aristotélica) y el juicio sobre las consecuencias de las acciones”. El control del Parlamento para este autor se muestra más oportuno pues el control “está inspirado en el principio liberal de acuerdo con el cual el pluralismo de grupos, intereses, facciones, etc., al extenderse y hacerse principio general, produce como resultado de su contraposición, equilibrio”, además de que la deliberación plural puede acceder a ciertos acuerdos o, al menos, a ciertos compromisos estratégicos, que cabe considerar racionales en relación con el tema a debate”, considerando por último que “en el Parlamento estarían representados todos los puntos de vista relevantes para la comunidad” y “sin duda alguna, esta pluralidad de grupos políticos parlamentarios debe tener en común (pese a sus diferencias) un cierto «sentido de Estado»; esto es, debe poseer ciertos criterios comunes, una suerte de «consenso supuesto» (Rawls) que permita en esta sede plural lograr ciertos acuerdos sobre la justificación del secreto”.

ejemplo, en el art. 10.2²⁵⁸ LSO, en el art. 7.1²⁵⁹ de la Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados o en el art. 11.2²⁶⁰ de la Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia) y de la propia Constitución (en los caso en que la facilitación de información pueda poner en peligro algún derecho fundamental como la intimidad, el secreto profesional o de las comunicaciones, etc.).

Por último se trata de un control *colectivo o colegiado* y no individual como pueda ser la solicitud de información por parte de un Juez al Gobierno. Ello no quiere decir que el derecho no se le reconozca individualmente a los Diputados y Senadores con carácter general (ex. art. 7.1 RC), pero en el ámbito exclusivo de los secretos oficiales previstos en el art. 10.2 LSO se alude, como ya vimos, solo al control colegiado y no al de carácter individual al declarar que la clasificación “*no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado*”²⁶¹, lo cual se ratificará posteriormente en la Resolución del Congreso sobre el acceso del Congreso a las materias clasificadas de 1986²⁶² cuando afirma que este acceso no afecta al derecho individual de los Diputados y en la que

²⁵⁸ “La declaración de materias clasificadas no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, *en la forma que determinen los respectivos Reglamentos* y, en su caso, en sesiones secretas”.

²⁵⁹ “En los términos previstos en este artículo, los créditos destinados a gastos reservados estarán sujetos al control del Congreso de los Diputados, a través de una Comisión parlamentaria compuesta por el Presidente de la Cámara, que la presidirá, y aquellos Diputados que, *de conformidad con la normativa parlamentaria*, tengan acceso a secretos oficiales”.

²⁶⁰ “La citada Comisión del Congreso de los Diputados [la que controla los gastos reservados] tendrá acceso al conocimiento de las materias clasificadas, *con excepción de las relativas a las fuentes y medios del Centro Nacional de Inteligencia y a aquellas que procedan de servicios extranjeros u organizaciones internacionales* en los términos establecidos en los correspondientes acuerdos y convenios de intercambio de la información clasificada”.

²⁶¹ Así lo manifiesta CANO BUESO, J.: “Información parlamentaria y secretos oficiales”, en Revista de las Cortes Generales, núm. 42, 1997, pp. 7 a 34, que vincula el art. 10.2 LSO a las previsiones del art. 109 CE. La cita se recoge en el art. Primero de la Resolución de 18 de diciembre de 1986, de la Presidencia del Congreso de los Diputados sobre materias clasificadas.

²⁶² La cual fue objeto de recurso de amparo por parte de D. Miquel Roca i Junyent y 66 Diputados más por excluir al Diputado individual del régimen especial de conocimiento de dichas materias. Fue inadmitido finalmente por la STC. 118/1988, de 20 de junio.

con carácter general y a solicitud de las Comisiones o uno o más Grupos parlamentarios que representen la cuarta parte de la Cámara, el Gobierno²⁶³ facilitará el acceso:

- *A tres Diputados de diferentes Grupos parlamentarios elegidos por el Pleno* (para materias secretas). En la reforma de 1992, esta fórmula se cambia por la de un Diputado por cada Grupo parlamentario de los constituidos.
- *A los Portavoces de los Grupos Parlamentarios y a las agrupaciones de Diputados* (para materias reservadas). En la reforma de 1992, se suprimiría la mención a las agrupaciones de Diputados.
- *Exclusivamente al Presidente del Congreso o al Presidente de la Comisión* (por petición expresa del Gobierno a la Mesa de la Cámara de manera motivada y excepcional²⁶⁴). En la reforma de 1992 se alude al Presidente de la Comisión que hubiese formulado la petición.
- *En sesión secreta a la Comisión competente o solicitante*. Para las sesiones secretas, la reforma de 1992 añade la posibilidad de acceder no solo a la Comisión competente o solicitante, sino a cualquier Comisión competente en la materia que se trate en el caso de que la iniciativa hubiese partido de los Grupos parlamentarios.
- *A los Diputados* previstos en cada caso por la Resolución cuando la información se refiera a un documento.

En cuanto a la regulación de esta potestad de control parlamentario, conviene ahora traer a colación en primer lugar el art. 37.6. f) LRJPAC en el que se dispone que se regirán por sus disposiciones específicas,

“El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de

²⁶³ Del sentido literal de la Resolución de 1986 y posteriormente de la de 1992, se entiende que el órgano obligado para remitir la información será el Gobierno en todo caso, pues es a éste al que se menciona únicamente, aun cuando la clasificación se hubiera realizado por la JUJEM.

²⁶⁴ Para GARCÍA TREVIJANO, E.: “Materias clasificadas y control parlamentario”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 16, núm. 48. Septiembre- diciembre 1996, pp. 145 a 178, la mención al carácter excepcional hace que esta posibilidad se limite solo para las materias clasificadas como secretas.

una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local”.

Mediante esta remisión legal es obligada la referencia a la propia Constitución, especialmente el art. 109 CE y en menor medida los arts. 110 y 111 de la misma, y lógicamente a los Reglamentos del Congreso y del Senado, en los que, tal y como ha puesto de manifiesto algún sector doctrinal²⁶⁵, no se prevén sin embargo de manera expresa el procedimiento acerca de la forma en que las Cámaras y sus Comisiones podían acceder a las materias clasificadas. Por ello, la Presidencia del Congreso aprobó la ya citada Resolución de 18 de diciembre de 1986, sobre acceso por el Congreso de los Diputados de materias clasificadas, derogada posteriormente por la Resolución de 2 de junio de 1992, sobre acceso por el Congreso de los Diputados a secretos oficiales, la cual fue a su vez objeto de reforma mediante la Resolución de 11 de mayo de 2004, sobre secretos oficiales, todas las cuales gozan del mismo rango que los Reglamentos del Congreso y el Senado según dejó ya aclarado la STC. 118/1998.

Llama poderosamente la atención que el Senado haya sido ignorado en este sistema de control. En un Estado donde se plantea actualmente el papel de dicha institución y su posible reforma constitucional, vuelve a manifestarse, esta vez en el ámbito de los secretos de Estado, el papel inexistente de esta Cámara en su función de control. No se hace mención de los mecanismos en esta materia ni en el Reglamento del Senado, ni se ha aprobado Resolución alguna del Presidente del mismo (al estilo del Congreso) a los efectos de articular un procedimiento para hacer éste posible. Parece pues, que el Legislador se vuelve a diluir en su propia inactividad o falta de iniciativa o en su exceso de confianza en el Ejecutivo.

2.- Algunos métodos de control parlamentario: Preguntas e interpelaciones, Comisiones, solicitud de comparecencias de miembros del Gobierno, así como mediante el acceso a los archivos y registros de las Administraciones Públicas y las autorizaciones al Gobierno.

Es nuestra intención pasar a describir a continuación, aunque sea de forma somera, algunos de los mecanismos de control previstos en la Constitución y los Reglamentos del Congreso y del Senado, si bien habría que matizar el hecho de que éstos, con carácter general, pueden ser titularidad tanto de los grupos parlamentarios concebidos en su conjunto como para los Diputados individualmente -al amparo del ya mencionado art. 7.2 del Reglamento del Congreso como corolario del derecho más amplio reconocido en el art. 23.2 CE-, pero que, en materia de secretos oficiales, como ya hemos visto, al ser un control colectivo o

²⁶⁵ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *Op. Cit.*

plural, se produce un sacrificio del derecho de acceso a la información en su modalidad individual a favor de la colectiva representada por un grupo de Diputados específico dada la trascendencia de los bienes jurídicos que se quieren proteger con el secreto. Por ello, cuando hablamos de materias clasificadas, habrá que hacer hincapié en métodos de control parlamentario de carácter colectivo o que presenten una faceta colectiva además de la meramente individual y que se presentan tanto a nivel constitucional como en los Reglamentos de cada Cámara o en la legislación reguladora del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

De esta manera, distinguimos entre:

- a) Preguntas e interpelaciones (art. 111 CE): Con carácter general, se reconoce a favor de los Grupos parlamentarios y de los Diputados individualmente la posibilidad de realizar interpelaciones (art. 180 RCD) y, solamente de manera individual, la opción de plantear las preguntas (art. 185 RCD), mientras que en el Senado, tanto interpelaciones como preguntas se reconocen a favor de los Senadores concebidos individualmente (arts. 160 y 170 RS). Por tanto, en el ámbito de la LSO, en el que vimos que se aludía a un control colectivo, solamente podríamos apreciar desde un punto de visto formal el control representado por las interpelaciones de los Grupos Parlamentarios en el Congreso. De otra manera, nos encontraríamos, tal y como ocurre en la práctica, con el hecho de que los Diputados y Senadores podrían utilizar las preguntas e interpelaciones individuales para solicitar la información que se les niega colegiadamente respecto a las materias clasificadas al amparo de las Resoluciones dictadas expresamente sobre la materia en desarrollo de los Reglamentos del Congreso y Senado, evitando así la exigencia de colectividad del control. Por ello, esta práctica no debería ser admisible, pues si las Resoluciones citadas ostentan el mismo rango que el de los Reglamentos que a su vez desarrollan, es evidente que su “espíritu” debe imbuir el funcionamiento de las Cámaras amparado en los Reglamentos generales y, por tanto, excepcionar las iniciativas individuales de control cuando de materias clasificadas se trate.
- b) Comisiones (art. 109 CE). Especial referencia a la Comisión de Gastos Reservados: Se trata del control parlamentario característico en esta materia a la vista de la LSO y las Resoluciones aludidas del Congreso de los Diputados. Hay que destacar el art. 44.1º RCD y el art. 67 RS en el que se reconoce el derecho de la Comisiones del Congreso y del

Senado a recabar información del Gobierno y de las Administraciones Públicas a través del Presidente de la Cámara. Concretamente y de manera más específica, encontramos en el artículo Tercero de la Resolución del Congreso de 1986 sobre el acceso del Congreso a las materias clasificadas, el reconocimiento con carácter general del acceso de las Comisiones por conducto de su Presidente a la información sobre materias que hubieran sido declaradas clasificadas y específicamente que solo se le permite el acceso:

- A tres Diputados de Grupos parlamentarios diferentes elegidos por el Pleno (para materias secretas). En la reforma de 1992 se cambia a un Diputado por cada Grupo parlamentario de los constituidos de conformidad con el art. 23.1 RCD. Posteriormente, con la reforma auspiciada por la Resolución de 2004, se amplía el acceso previsto en este punto a todos los grupos parlamentarios –incluido el Grupo Mixto-(es decir, a un Diputado por cada grupo parlamentario elegidos por mayoría de tres quintos por el Pleno al inicio de cada Legislatura).
- A los Parlamentarios de la **Comisión** que actúen como portavoces en la misma (para materias reservadas). En la reforma de 1992 se cambia y se sustituyen por los representantes de los Grupos parlamentarios en la Comisión de la que haya partido la iniciativa.
- Exclusivamente al Presidente del Congreso, de la **Comisión solicitante** o a la **Comisión solicitante en sesión secreta** (a solicitud del Gobierno a la Mesa de la Cámara de manera motivada y excepcional). Para las sesiones secretas, la reforma de 1992 añade la posibilidad de acceder no solo a la Comisión solicitante sino a cualquier Comisión competente en la materia en el caso de que la iniciativa hubiese partido de los Grupos parlamentarios.
- A los Diputados previstos en cada caso por la Resolución cuando la información se refiera a un documento.

Es de reseñar que el procedimiento que se acaba de exponer es también de aplicación específica al acceso por parte de las Cortes Generales a la información de carácter secreto que obre en poder del Banco de España. En concreto, el art. 6.3 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, modificada por Ley 12/1998, de 28 de abril, dispone que la entrega de la misma se hace por conducto de su Gobernador, quien puede solicitar de los órganos competentes de la Cámara, con la motivación correspondiente, la celebración de sesión secreta o *la*

aplicación del procedimiento establecido para el acceso a las materias clasificadas.

Por lo que respecta a las referencias hechas a la Comisión competente es oportuno traer a colación en este sentido lo dispuesto en el art. 52 RCD y los arts. 59 y 60 RS, que se refieren con carácter general, dentro de las Comisiones no permanentes, a las Comisiones de Investigación cuyo régimen jurídico se prevé a su vez en la L.O. 5/1984, de 24 de mayo, de Comparecencia ante las Comisiones de Investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras.

También se hace necesario mencionar el art. 7.1 de la Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y Control de los Créditos destinados a Gastos Reservados, en la que con un carácter más especializado, se dispone que,

“En los términos previstos en este artículo, los créditos destinados a gastos reservados estarán sujetos al control del Congreso de los Diputados, a través de una Comisión parlamentaria compuesta por el Presidente de la Cámara, que la presidirá, y aquellos Diputados que, de conformidad con la normativa parlamentaria, tengan acceso a secretos oficiales”.

Esta misma Comisión de gastos reservados se erige, a su vez, en competente para el control del Centro Nacional de Inteligencia, pues así lo dispone expresamente el art. 11.1 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, al establecer que,

*“El Centro Nacional de Inteligencia someterá al conocimiento del Congreso de los Diputados, en la forma prevista por su Reglamento, a través de la **Comisión que controla los créditos destinados a gastos reservados**, presidida por el Presidente de la Cámara, la información apropiada sobre su funcionamiento y actividades. El contenido de dichas sesiones y sus deliberaciones será secreto”.*

Con independencia de estas remisiones normativas, es de destacar el carácter cambiante de la Comisión competente para conocer de la materia y de la inexistencia de una regulación jurídica que diese cobijo a una Comisión *ad hoc* dedicada exclusivamente al control de los secretos oficiales, aunque *de facto*, ésta se constituyese durante determinados episodios de crisis en la vida política española durante la VI

Legislatura (1993-1996) con algunos casos de trascendencia mediática como los casos “Roldan”, “Rubio”, “Banesto”, etc.

No se ha encontrado en el historial de las distintas legislaturas ninguna mención expresa y literal a una “comisión de secretos oficiales”. Solo queda por tanto llegar a la conclusión de que, al menos jurídicamente, solo podemos atribuir la competencia o bien instrumentalmente a cada una de las Comisiones Permanentes Legislativas existente en cada legislatura en función de la materia sobre la que verse el secreto (por ejemplo, Interior, Asuntos Exteriores, Defensa, etc.) o bien que se atribuya la competencia para el conocimiento de los secretos oficiales con carácter genérico a la Comisión de control de gastos reservados, confundiendo la parte con el todo, tal y como ha ocurrido, por ejemplo, mediante Ley con las actividades del Centro Nacional de Inteligencia. Es cierto que las Resoluciones de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 1986, 1992 y 2004, no hacen alusión a ninguna Comisión en concreto y se limitan a mencionar “Las Comisiones”, “la Comisión competente” o la “Comisión que la demandó”, lo cual no ayuda en absoluto a dirimir cual sea concretamente la Comisión competente en estos asuntos. Quizá porque la pretensión del legislador haya sido que las Comisiones sobre secretos no merezcan una consideración aparte o se constituyan puntualmente con vocación de temporalidad como Comisiones especiales no permanentes para aquellos momentos en que por las circunstancias fuera necesario su existencia con el fin de su investigación, extinguiéndose a la finalización de sus trabajos y, en todo caso, con el fin de la Legislatura.

- c) Solicitud de comparecencias (art. 110 CE): Este último artículo prevé que,

“Las Cámaras y sus Comisiones pueden reclamar la presencia de los miembros del Gobierno”.

Su régimen jurídico aparece regulado con más detalle en los arts. 44.2º, 3º y 4º; 202 y 203 RCD y arts. 67 y 68 RS. En este sentido, no encontramos nada que objetar, pues se configura como un instrumento de control común sobre cualquier otra materia. Sin embargo, el problema vendría determinado por cuál sea la Comisión demandante de la comparecencia, al igual que veíamos en el epígrafe anterior con respecto a aquella que solicitaba la información, aunque se podría concluir que por ser la única mencionada expresamente, ésta sea de nuevo la que controla los créditos

para gastos reservados, suponemos, que por el hecho de ser ésta una materia calificada como secreto por Ley, extendiendo por analogía su competencia a todas las demás materias susceptibles de clasificación, asimilando una categoría con el concepto en general. No encontramos esta opción del todo admisible, pues ya dijimos que se está subsumiendo el todo (secretos de Estado) en un aspecto o manifestación concreta de los mismos (gastos reservados) y por cuanto que, en este último caso, solamente se estaría haciendo referencia, en puridad, a aquellas materias calificadas como secreto por Ley pero no a las clasificadas como reservadas o secretas por el Consejo de Ministros o la JUJEM.

- d) El acceso a archivos y registros del art. 37.6.f) LRJPAC: En este artículo se dispone lo siguiente,

“Se regirán por sus disposiciones específicas:...El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local”.

En primer lugar, hay que reseñar que este artículo se refiere al acceso a los archivos de la Administración Pública pero no a los del Gobierno. Ello no supone una exclusión de la aplicación del mismo a este último supuesto, pues, en la mayoría de las ocasiones, la primera solicitud irá siempre dirigida al Ministerio del ramo que tenga relación con la materia clasificada y en cuyos archivos se encuentre la documentación y en caso de que ésta se deniegue, la solicitud irá dirigida al superior jerárquico hasta llegar al Ministro en su doble condición de órgano de la Administración pero también del Gobierno. No es otra cosa lo que ocurrió por ejemplo con el caso de los papeles del CESID, en el que las solicitudes se dirigieron inicialmente al Director General del CESID para terminar requiriendo al Ministro de Defensa a través del de Justicia e Interior. Es por tanto difícil discernir una línea divisoria que separe con nitidez ambas esferas de actuación y su correspondiente actividad registral y archivística.

Sin embargo, en este caso, y a diferencia de los mecanismos de control colectivo mencionados anteriormente, sí consideramos que se refiere al ejercicio individual del derecho por parte de Diputados y Senadores -o miembros de

una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local- , ya que el artículo los menciona con ese carácter. Por tanto, parece que este mecanismo sería descartable en la concepción colectiva o colegiada que se le ha conferido al control parlamentario sobre el secreto en el ámbito constitucional o reglamentario.

- e) Autorizaciones al Gobierno: Entre aquellos supuestos que pueden guardar alguna relación, aunque fuese remota, con el tema objeto de estudio y con independencia de lo discutible en considerar una autorización como forma de control, encontramos dos casos especialmente paradigmáticos y a los que ya se aludieron en Capítulos anteriores.

En primer lugar, en la firma de Tratados y acuerdos internacionales (ex. arts. 93 y 94.1 CE) por lo que de obligaciones y deberes de secreto puedan acarrear para el Estado siguiendo especialmente pautas de reciprocidad. En el caso del art. 93 CE, la autorización debe venir de las Cortes Generales mediante la aprobación de la oportuna Ley Orgánica, mientras que en el del art. 94.1 CE se exige dicha autorización para la firma de determinados Tratados no comprendidos en el artículo anterior.

En segunda instancia, en la declaración de los estados de excepción y de sitio (ex. art. 116 CE) por el componente de seguridad y orden público que puede motivar su declaración, así como la necesidad de establecer secretos y sacrificar determinados derechos fundamentales que los estados excepcionales pueden exigir. En este caso, la autorización al Gobierno vendrá dada por la propia declaración del estado de sitio por el Congreso por mayoría absoluta, mientras que el estado de excepción requerirá autorización previa del Congreso al Gobierno.

La autorización, por tanto, puede suponer también una manera de control pues las Cortes, atendiendo a las circunstancias que justifican la solicitud, podrán denegar la misma, lo que supondrá a su vez la imposibilidad de que el Gobierno contraiga obligaciones o establezca las condiciones unilateralmente que permitan la clasificación de determinadas materias y la consiguiente suspensión de derechos fundamentales, idea que ya se ha defendido en páginas anteriores.

3.- Posibilidad del control judicial ante la denegación de acceso del Gobierno a solicitud del Parlamento; Insuficiencia de los medios parlamentarios tradicionales. Obligación de motivar la decisión denegatoria del Gobierno; Imposibilidad de sustitución del Poder Judicial por el Parlamento; Un atajo a la denegación gubernamental de la documentación al Juez: Solicitud del Juez a las Cortes; Breve reseña al Defensor del Pueblo como Alto Comisionado de las Cortes y el control parlamentario del CNI.

Una vez vistos algunos posibles medios de control parlamentario, de condicionamiento de actuación del Gobierno o al menos de obtención de información que obra en su poder como instrumento para ejercer aquél *a posteriori* (pues tampoco es pacífico el hecho de que la solicitud de información sea una manifestación de control, sino un paso previo para ejercer o no el mismo), se nos antoja difícil no hacer ciertas consideraciones especialmente en paralelismo con el control judicial, cambiando en este caso los actores, por cuanto son los Diputados o Senadores a través de las Cámaras y sus Comisiones los que en este caso toman el relevo al Juez instructor en la solicitud de información y el correspondiente control del Ejecutivo. Ya vimos en el Capítulo correspondiente el análisis de los posibles derechos fundamentales vulnerados ante una posible denegación de la información por parte del Gobierno, cómo se articulaba el sistema cuando eran los Diputados y Senadores los que a título individual veían frustrada su petición. Al igual que ocurría con el Juez con el art. 24.1 CE, había qué ponderar la posible vulneración del derecho fundamental contemplado para este caso en el art. 23.2 CE.

Desde la perspectiva del control colegiado o colectivo, no se ha considerado esa posible vulneración ante una negativa, pues ya hemos dicho que en materia específica de acceso a materias clasificadas, el control es siempre colectivo de las Cámaras y sus Comisiones y la titularidad de este derecho fundamental se asigna con carácter individual a los ciudadanos, por lo que difícilmente podemos considerar vulnerado este derecho ante una posible negativa del Ejecutivo frente una petición de información por parte de órganos colegiados como las Comisiones o los Grupos parlamentarios que deberá ser realizada por conducto de la Presidencia de la Cámara según dispone el artículo segundo de la Resolución de 11 de mayo de 2004. Queda vedada por tanto la vía de control judicial contemplada en la Ley de Jurisdicción Contencioso – Administrativa a través del procedimiento preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales y la posterior vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que ya vimos como alternativas posibles ante la denegación injustificada de la información a los Diputados y Senadores considerados individualmente por posible vulneración del derecho contemplado en el art. 23.2 CE.

¿Qué posibilidad queda por tanto en el caso de las Comisiones y Grupos parlamentarios? Siempre que el Ejecutivo no aludiese razones fundadas en derecho o la posible vulneración de derechos de terceros, es decir, que denegase la solicitud en base a consideraciones de oportunidad o conveniencia o porque simplemente no contestase o lo hiciese inadecuada o incongruentemente, se podría entonces plantear un posible bloqueo unilateral de la información por parte del Ejecutivo de manera injustificada que provocaría una situación antijurídica inadmisibles por ser contraria a las Resoluciones del Congreso sobre acceso de las Comisiones y los Grupos parlamentarios a las materias clasificadas, los cuales, tal y como ya vimos y según dejó aclarado en la STC. 118/1998, gozan de la misma naturaleza que los Reglamentos del Congreso y el Senado, es decir de Ley.

Estaríamos, por tanto, ante una actuación ilegal del Ejecutivo que debe ser corregida. Al igual que argumentamos con la posible invocación de la naturaleza política del acto en la contestación del Gobierno al Juez solicitante, en este caso también consideramos que dicha naturaleza es intrascendente a los efectos del control. Es decir, si la negativa del Ejecutivo se considera un acto político, pues es obvio que en este caso sí nos encontramos en una de esas relaciones que ya definimos como “interorgánicas” o de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo, el control podría realizarse por la jurisdicción contencioso – administrativa en lo que respecta al control de los elementos reglados de la contestación en función de lo dispuesto en el art. 2.a) LJCA. Para el caso hipotético de que no se estimase la contestación como un acto político o de dirección política por parte del Gobierno, éste se vería sometido también al control ordinario de legalidad por parte de la jurisdicción contencioso – administrativa, al igual que ocurriría si la denegación injustificada o incongruente proviniese de la Administración.

No obstante, esta cuestión no es pacífica y es la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS. de 9 de junio de 1987 y de 15 de noviembre de 1998) la que ha concluido que en este tipo de relaciones entre órganos superiores del Estado o institucionales, la separación entre una parte política y otra reglada del mismo acto (como vimos en el control judicial dentro de la teoría de los actos separables) no es admisible por artificial y contradictoria y que, en estos casos, solo cabría determinar la inadmisibilidad de plano del posible recurso sin entrar a verificar el respeto a los posibles elementos reglados o formales presentes en aquel acto político – parlamentario al no existir acto de la Administración Pública sujeto al derecho administrativo²⁶⁶.

²⁶⁶ Esta postura es apoyada por SAIZ ARNAIZ, A.: *Op. Cit.* y COBREROS E. en “Actos políticos y jurisdicción contencioso – administrativa”, en AA.VV., “El acto y el procedimiento”, Madrid 1993, pp. 53 a 85.

Con todo el respeto que pueda merecer esta línea jurisprudencial y desde nuestro modesto entender, consideramos que la misma puede encontrarse superada por las exigencias del Estado de derecho y la modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. Es evidente que si se siguiera la última jurisprudencia invocada, la única forma de control que podría existir para evitar la inmunidad gubernamental ante una situación ilícita como la expuesta, sería la representada precisamente por los mecanismos parlamentarios o electorales que pueden resultar tan peregrinos como infrecuentes. Y es que además, el propio Parlamento es el que está intentando controlar al Gobierno a través de la solicitud de información, por lo que podríamos llegar al absurdo de que el mismo órgano debe iniciar un control dirigido a una denegación de control mediante mecanismos parlamentarios poco frecuentes y que incluso podrían resultar desproporcionados. Así lo ha puesto de manifiesto cierto sector de la doctrina²⁶⁷, al denunciar que los mecanismos del Poder Legislativo para controlar las materias clasificadas “no son suficientemente efectivos”, no tanto “por los defectos de la propia normativa, cuanto por la falta de actuación de los propios grupos parlamentarios o por el juego de pactos y concesiones entre ellos”.

Cabría también recordar la posibilidad del recurso de amparo directo ante el Tribunal Constitucional, pero como ya vimos, éste solo se ha admitido en situaciones excepcionales (STC. 220/1991) para aquellas solicitudes de Diputados a los que se les ha denegado de manera injustificada o incongruente la información solicitada *a título individual* (pero no colectivo como es el caso del control parlamentario de las materias clasificadas) por una posible vulneración del derecho fundamental previsto en el art. 23.2 CE.

Entendemos que resultaría pernicioso admitir sin más, por más relaciones políticas o judicialización de la vida política que se quiera invocar, esta ilegalidad *de facto* por parte del Gobierno, pues en ese caso, el acceso “permanente” que propugna la LSO quedaría desvirtuado con la simple decisión unilateral e injustificada del Gobierno de facilitar tal información, deviniendo en este caso la situación más grave incluso

²⁶⁷ OTERO GONZÁLEZ, M^a.P.: *Op. cit.* pp.71 y 72. También ANDRÉS IBÁÑEZ, P. en “Secreto ¿de qué clase de Estado?, Diario “El País”, 7 de septiembre de 1996, al afirmar que “en esta materia hablar de control es jugar con una metáfora que, por gastada, ha dejado de serlo. En efecto, se prescinde del control parlamentario ordinario. Y no solo esto: como ha expresado apenas hace unos días un diputado, cuando excepcionalmente se escenifica el único actuable en este ámbito, la cosa no pasa de ser un ejercicio de prestidigitación a cargo del *controlado* y una suerte de *trágala* para sus desarmados supuestos *controladores*”.

que en la situación del Juez, pues a este último al menos le quedaba la posibilidad de invocar la teoría de los actos separables y el control de los actos reglados al amparo del art. 2.a) LJCA, cosa que, sin embargo, ni siquiera parece que se le permita al Poder Legislativo, al que inicialmente se le reconocía en la LSO una potestad de acceso mayor que al Poder Judicial, ya que no podemos olvidar que invoca un acceso de carácter “permanente”, debiendo ser esa permanencia efectiva y no meramente potencial o simbólica.

Abogamos por tanto, por un control de los elementos reglados de manera que si el Gobierno (no digamos ya la Administración) denegase la información clasificada sin alegar causa alguna o justificación válida en derecho o bien no se cumpliese con los preceptos de la LSO, el Reglamento del Congreso o del Senado o de las Resoluciones del Congreso sobre acceso a materias clasificadas, la jurisdicción contencioso –administrativa podría entrar a controlar aunque solo fuese esos elementos reglados. Es cierto que no nos encontramos con actos administrativos que emanan de la Administración Pública (argumento utilizado por alguna sentencia del Tribunal Supremo), pero con independencia de ello, estimamos que el art. 2.a) LJCA, inspirado en otros principios generales imbuidos por la Constitución en artículos como el 9.1²⁶⁸ o el 53.1²⁶⁹, determina definitivamente la posibilidad de que la jurisdicción contencioso – administrativa controle los actos del Gobierno. Y en este caso se trataría de un acto del Gobierno no solo por el mero hecho de emanar del mismo, como ocurría en otros asuntos o materias como las atinentes a la clasificación de documentos, sino porque se trata también de un acto que emana de las relaciones entre los órganos superiores del Estado (Gobierno – Cortes), pero en puridad y atendiendo al fondo de la cuestión, tampoco podemos siquiera atribuirle la condición de un acto político o de dirección caracterizado por la máxima oportunidad posible a la hora de adoptar la decisión. Es precisamente el derecho el que obliga, impone, fuerza y exige al Gobierno a que facilite la información. Como bien dejó dicho cierto sector doctrinal ya mencionado “o la Administración requerida (entiéndase en este caso el Gobierno) tiene el deber de dar la información o tiene el deber de no darla, sin que quepan situaciones intermedias”. Y es que el hecho de que el Gobierno facilite la información no es algo graciable en función de la oportunidad o la conveniencia que estime en darla. De lo contrario el deber reconocido en el Reglamento del Congreso y el acceso permanente reconocido en la LSO quedaría reducido a papel mojado al socaire del capricho gubernamental (no digamos ya si goza de mayoría parlamentaria).

²⁶⁸ “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

²⁶⁹ “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos....”.

Otra cosa sería que la denegación del Gobierno viniese motivada, como dijimos, por alguna razón fundada en derecho o por la posible vulneración de algún derecho fundamental como consecuencia de la facilitación de la información solicitada. Efectivamente, el art. 44.1º RCD, mediante una remisión al art. 7.2 del mismo texto, reconoce que las solicitudes de las Comisiones tendrán las mismas limitaciones que las peticiones individuales que no son otras que las “razones fundadas en derecho” (además de la posible vulneración de algún derecho fundamental). Evidentemente, no se podría invocar por parte del Gobierno la propia LSO alegando que se trata de una materia clasificada, pues es la misma LSO la que reconoce en su art. 10.2 al Congreso y al Senado el acceso *permanente* a cuanta información de este tipo reclamen. También se podría invocar que Tratados Internacionales con otros Estados u Organizaciones internacionales u otra Ley diferente a la LSO determinen esa limitación o clasificación (por ejemplo, la Ley de utilización y control de los Créditos destinados a Gastos Reservados o de la Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia). En el primero de los casos, y aunque sea por meras razones de jerarquía entre normas, podría justificarse la exclusión del acceso por cuanto que así se exige en un Tratado internacional, siempre que esté válidamente suscrito por España y esté integrado en nuestro ordenamiento jurídico, aunque siempre quedaría invocar la Constitución para permitir el acceso, pero en el segundo consideramos claramente extensible y prioritaria la aplicación de la previsión del art. 10.2 de la Ley de Secretos Oficiales como Ley especial.

Estimamos difícil encontrar algún supuesto en que por el hecho de la clasificación se pudiera rechazar en derecho la solicitud parlamentaria de información, salvo que otra norma con rango de Ley excluyera o limitara de alguna manera y expresamente del conocimiento de las Cámaras y Comisiones dicho tipo de información en un ámbito concreto. En este caso, y a diferencia de lo que ocurría con respecto al Poder Judicial, ya no se podría invocar por el Gobierno el hecho de la clasificación de la materia para no facilitar su información ni el objeto del control sería la adecuación a derecho de la clasificación, sino la motivación de la propia negativa de facilitarla, pues el hecho de que esté clasificada o no resultaría en este caso intrascendente. El control, por tanto, se centraría en la causa o justificación jurídica que diese el Gobierno, que también podría ser considerado como un elemento reglado de la decisión y residenciable en la jurisdicción contencioso –

administrativa al amparo del art. 2.a) LJCA²⁷⁰, pues una denegación no amparada en derecho vulneraría la obligación de entregar la información que imponen los arts. 10.2 LSO (acceso “*permanente*”) y el art. 7.2 RCD (al que se remite el art. 44.1º RCD) al disponer imperativamente y sin margen para la duda que se “*deberá* facilitar la documentación solicitada”.

En el caso hipotético de que se invocase por el Gobierno la posible vulneración de otro derecho fundamental como consecuencia de facilitar la información solicitada (véase el derecho a la intimidad o el honor, el secreto profesional, de las comunicaciones, etc.), y las Cámaras o sus Comisiones no lo estimasen así, la discrepancia se podría plantear en términos de si existe verdaderamente una vulneración y no como una ponderación de derechos fundamentales (tal y como ocurría si la solicitud se realizaba individualmente por los Diputados). Esta discrepancia se podría plantear en cualquier caso ante la jurisdicción contencioso-administrativa mediante el procedimiento preferente y sumario y posteriormente ante el Tribunal Constitucional.

En las anteriores alusiones a la jurisdicción contencioso-administrativa encontramos no obstante un problema formal constituido por la legitimación activa para una hipotética interposición del recurso. Efectivamente el art. 19 LJCA no menciona en ninguno de sus epígrafes la posibilidad de que las Cámaras o sus Comisiones puedan en algún momento impugnar los actos del Ejecutivo. Únicamente sería admisible entender que la legitimación correría a cargo de los Diputados o Senadores afectados individualmente, aunque como hemos dicho, la solicitud se había realizado colectivamente por las Cámaras o sus Comisiones. En el primer caso, lo harían como “personas físicas....que ostentan un derecho o interés legítimo”. Discutible sería la posible consideración de una Cámara o Comisión como persona jurídica con un derecho o interés legítimo tal y como reconoce también el art. 19.1.a) LJCA, en la consideración de que tales Comisiones o grupos no constituyen formalmente “órganos” de la Cámara correspondiente ni

²⁷⁰ Esta postura no se ajusta a la opinión de otros autores como REMIRO BROTONS, A.: “Política exterior de defensa y control parlamentario”, en Cuadernos y Debates, nº. 11, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988, pp.77 a 102. Este mantiene que “si bien la negativa ha de ser jurídicamente motivada, corresponde en todo caso al Gobierno valorar discrecionalmente las circunstancias concretas que configuran el marco de su decisión”, y que éste está legitimado para, con la salvedad que merecen los Tratados, imponer su criterio cuando estima que reteniendo un documento salvaguarda mejor el interés del Estado....el proceder del Gobierno puede ser objeto de la crítica política en sede parlamentaria por los Diputados y grupos discrepantes ; pero eso es algo bien diferente a acusar su actuación de *ilegal*” y concluye diciendo que “lo único que estaría prohibido al Gobierno y a sus representantes sería mentir, no callar”.

tienen atribuida personalidad jurídica propia por lo que, a pesar de la exigencia procedimental de que la solicitud de información se haga colectivamente, esta última siempre tendrá como origen la voluntad de los parlamentarios considerados individualmente.

Lo que no cabría sin embargo, es la sustitución de los Tribunales por el Parlamento (Diputados y Senadores) en la tarea de control del Gobierno a través de la solicitud de la información al Gobierno a instancia de los Jueces, cuando los órganos judiciales han visto frustrada su solicitud con carácter previo, ni tampoco la intromisión parlamentaria en el ámbito judicial para ejercer un control sobre el Gobierno mediante la interposición por Diputados y Senadores de distintos recursos ajenos a los mecanismos de control tradicionalmente parlamentarios y para los que, en cualquier caso, gozan de dudosa legitimidad. Así lo ha aclarado la STS. de 7 de octubre de 2011 al desestimar la reclamación de un partido político con representación parlamentaria para que se iniciara un expediente sancionador al Vicepresidente tercero del Gobierno y antiguo Vicepresidente del Gobierno autonómico de Andalucía por no inhibirse en el procedimiento de concesión de subvenciones otorgadas a una empresa en la que trabajaba su hija- toda vez que previamente el Acuerdo del Consejo de Gobierno autonómico de 31 de julio de 2009 eludió expedientarlo-. Se mantiene que los partidos de la oposición tienen la obligación de ejercer el control parlamentario, labor que debe ejercerse a través de *"instrumentos específicos que les dan garantía concretas para asegurarles la autonomía"* pero eso *"no se extiende a la legitimación para actuar en el proceso contencioso-administrativo"*. Por tanto, no es admisible según esta sentencia, el que los Tribunales insten al Parlamento a solicitar la información (o cualquier otra actividad de control) cuando este último ha desechado hacerlo, ni tampoco que los Tribunales sustituyan al Parlamento en su labor de control a instancia de parlamentarios que inicialmente carecen de la titularidad de un interés legítimo en el asunto. De esta manera, el Tribunal Supremo esgrime que, *"la condición de parlamentario no es un plus que permita gozar de ella a falta de un derecho o interés legítimo que sea vulnerado por la actuación administrativa"*, y también reitera que el control sobre el Gobierno se ha de ejercer *"directamente con los medios reconocidos en el seno de las relaciones entre el Parlamento y el Consejo de Gobierno o ante la opinión pública"* pero eso *"no se prolonga al o implica el control judicial"*. Otra cosa sea la posibilidad de impugnación del propio Acuerdo por una parte legitimada, lo cual sería admisible, pues aunque el Acuerdo del Consejo de Gobierno forma parte de una decisión política, ésta siempre se podrá enjuiciar a la luz de los elementos reglados de la decisión o de la posible conculcación de los derechos fundamentales, tal y como hizo previamente el TSJ de Andalucía en la sentencia revocada por el Tribunal Supremo, cuando afirmó que la decisión de los consejeros de la Junta *"vulnera el reglamento de la potestad sancionadora, e ignora los principios constitucionales"*

consagrados en los artículos 103.1 y 9.3 de la Carta Magna” y podría suponer un incumplimiento de la Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos, exigiendo *"una mínima investigación"* dada la *"gravedad evidente"* de la cuestión, culminando por ordenar al Gobierno autonómico la incoación del citado expediente sancionador. Esta orden podría suponer un exceso judicial según lo que dispusiera la normativa específica al respecto, pues en el caso de que la cuestión estuviese perfectamente tasada, sin zonas de penumbra ni posibles huecos en la legislación que permitan la discrecionalidad, entonces sí cabría achacar la sustitución mediante la orden, aunque en caso contrario, el TSJ solo podría haber anulado el Acuerdo del Gobierno autonómico, haciendo retrotraer las actuaciones para su reconsideración.

No queremos cerrar el tema sin realizar algunas reflexiones en torno a otro tipo de relaciones que se pueden establecer entre poderes con la aparición en escena de nuevo del Poder Judicial, esta vez solicitando la información (que le denegó previamente el Gobierno) al propio Legislativo (al que el Gobierno sí se la concedió). Si el acceso de parlamentarios es permanente y no hay ningún obstáculo *a priori*, el círculo se cierra y el problema vuelve a plantearse con la posible solicitud de información que un Juez haga en una causa concreta, no ya al Gobierno, sino a las Cámaras de la información que detentan o mediante la citación de parlamentarios para que declaren como testigos, volviéndose a plantear los mismos problemas que cuando el Gobierno era el órgano requerido. Apreciamos entonces que lo que se suscita en este caso será la ponderación entre la obligación de colaboración con la justicia contemplado en el art. 118 CE y la obligación y el deber de sigilo de los Diputados prevista en el art. 16 RCD y que para los miembros del Gobierno o los funcionarios de la Administración venía determinada por su propio Estatuto. El conflicto podría plantearse cuando la materia estuviese clasificada por autoridades diferentes a las propias Cortes Generales, denegando la Cámara correspondiente el levantamiento del secreto por considerar que carece de facultades para ello, o bien, que se trate de cuestiones secretas por haberse derivado así de un acuerdo parlamentario o porque pertenezca la materia al grupo de las dotadas por ontología de esta condición. Ante la negativa parlamentaria podría plantearse en términos de recurso el correspondiente contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo (ex. Art. 58.1 LOPJ) y, en su defecto, acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional²⁷¹.

²⁷¹PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, N.: “Investigación judicial y secreto parlamentario”, “Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado”, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 25, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997.

Por último, y dentro de este Capítulo tampoco podemos olvidar al Defensor del Pueblo como Alto Comisionado de las Cortes Generales que es (art. 54 CE). En cuanto a la amplitud de sus poderes en el ámbito de materias clasificadas baste transcribir el art. 22 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, que dispone,

*“1. El Defensor del Pueblo podrá solicitar a los poderes públicos todos los documentos que considere necesarios para el desarrollo de su función, **incluidos aquellos clasificados con el carácter de secretos** de acuerdo con la Ley. En este último supuesto la no remisión de dichos documentos deberá ser acordada por el Consejo de Ministros y se acompañará una certificación acreditativa del acuerdo denegatorio.*

2. Las investigaciones que realice el Defensor del Pueblo y el personal dependiente del mismo, así como los trámites procedimentales, se verificarán dentro de la más absoluta reserva, tanto con respecto a los particulares como a las dependencias y demás organismos públicos, sin perjuicios de las consideraciones que el Defensor del Pueblo considere oportuno incluir en sus informes a las Cortes Generales. Se dispondrán medidas especiales de protección en relación con los documentos clasificados como secretos.

3. Cuando entienda que un documento declarado secreto y no remitido por la Administración pudiera afectar de forma decisiva a la buena marcha de su investigación, lo pondrá en conocimiento de las Comisiones del Congreso y del Senado a que se refiere el artículo 2 de esta Ley²⁷²”.

No encontramos nada reseñable en esta previsión que sigue la senda del control reconocido a las Cortes Generales con carácter permanente, aunque parece que el epígrafe primero del artículo mencionado anteriormente prevé una excepción al acceso permanente a las Cortes al permitir que el Consejo de Ministros deniegue la información mediante un mero acuerdo denegatorio. De ello se extrae

²⁷² Se trata de las Comisión Mixta Congreso-Senado encargada de las relaciones con el Defensor del Pueblo como consecuencia de la reforma de la L. O. 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo por la L.O. 2/1992, de 5 marzo («B.O.E.» 6 marzo). Desconocemos en este caso a qué efectos se pondrá en conocimiento de la misma sino es para que ésta sea la que haga formalmente la solicitud, si bien, ya hemos visto al amparo de la Resolución de la Presidencia del Congreso de 1986 que las solicitudes de información reservada corre a cargo de las Comisiones (sin especificar la ninguna en concreto) o los grupos parlamentarios que representen una cuarta parte de la Cámara.

que la JUJEM no podrá denegar la información al Defensor del Pueblo²⁷³. Por otra parte, apreciar la referencia que se hace al acceso a las materias clasificadas como “secretas” pero nada se dice respecto a las “reservadas”. Se podría entender sin embargo que, ya que en derecho el que puede lo más puede lo menos, es evidente que si reconoce la potestad para acceder a las materias “secretas” parece lógico que también la tenga para el acceso a las “reservadas”.

Destacamos también dentro del Capítulo, por su relación con la materia, la previsión específica que realiza el artículo 11 de la Ley Orgánica 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, que se refiere al control parlamentario peculiar respecto a las actividades del Centro Nacional de Inteligencia. Así,

*“1. El Centro Nacional de Inteligencia someterá al conocimiento del Congreso de los Diputados, en la forma prevista por su Reglamento, a través de la Comisión que controla los créditos destinados a gastos reservados, presidida por el Presidente de la Cámara, la información apropiada sobre su funcionamiento y actividades. El contenido de dichas sesiones y sus deliberaciones será **secreto**.*

*2. La citada Comisión del Congreso de los Diputados **tendrá acceso al conocimiento de las materias clasificadas, con excepción de las relativas a las fuentes y medios del Centro Nacional de Inteligencia y a aquellas que procedan de servicios extranjeros u organizaciones internacionales** en los términos establecidos en los correspondientes acuerdos y convenios de intercambio de la información clasificada.*

3. Los miembros de la Comisión correspondiente estarán obligados, en los términos del Reglamento del Congreso de los Diputados, a guardar secreto sobre las informaciones y documentos que reciban. Una vez examinados los documentos, serán reintegrados al Centro Nacional de Inteligencia para su debida custodia, sin que se puedan retener originales, copias o reproducciones.

4. La Comisión a que se refiere este artículo conocerá de los objetivos de inteligencia establecidos anualmente por el Gobierno y del informe que, también con carácter anual, elaborará el Director del Centro Nacional de Inteligencia de evaluación de actividades, situación y grado de cumplimiento de los objetivos señalados para el período anterior”.

²⁷³ TORRES VENTOSA, J.J.: “La regulación legal de los secretos oficiales”, Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura), nº .16, 1998, pp. 357-388.

Parece pues que, a través del epígrafe segundo de este artículo, se establece una excepción que no se preveía en el art. 10.2 LSO cuando establecía que el Congreso de los Diputados y el Senado tendrían *siempre* acceso a cuanta información reclamen. De esta manera, el acceso permanente no estará contemplado para las materias clasificadas cuando afecten a las fuentes y medios del CNI, así como para aquellas que procedan de Servicios de Inteligencia extranjeros o de organizaciones internacionales, que parecen configurarse así como las materias menos accesibles tanto por particulares como por Jueces y parlamentarios y que, por tanto, quedarán circunscritas al estricto ámbito de la inteligencia nacional, circunstancia que se aleja del espíritu de control introducido por la Ley Orgánica 2/2002, de 7 de mayo, reguladora del Control Judicial del Centro Nacional de Inteligencia y no del todo admisible por la carga de inmunidad absoluta que puede comportar semejante exclusión del acceso.

CAPÍTULO X

CONTROL JUDICIAL. LEGITIMACIÓN PARA ACCEDER A
LOS DOCUMENTOS CLASIFICADOS

1.- ¿Es posible el control?: Judicialización de lo político e inmunidades del poder frente al sometimiento pleno de los poderes públicos a la Ley y al derecho.

1.1.- Relaciones conflictivas entre los derechos fundamentales y la seguridad del Estado; ¿Puede el Gobierno delinquir al amparo de las materias clasificadas?; Insuficiencia de los métodos de control del Legislativo sobre el Gobierno; Ponderación de bienes jurídicos a proteger por el Poder Judicial como posible solución; 1.2.- La limitación del art. 105.b) CE no alcanza a los Jueces al mencionar solo a los “ciudadanos”. Superioridad “jerárquica” de los derechos fundamentales. Inexistencia de una exclusión expresa del Poder Judicial en la LSO. Leyes postconstitucionales que legitiman el control. El problema de la autorización previa por parte del órgano clasificador. Superación de la limitación jurídica por los arts. 7 y 58 LOPJ (relación jerárquica entre Leyes) y el art. 2.a) LJCA (relación temporal entre Leyes); Constitucionalidad de la LSO; 1.3.- Alcance del control judicial: imposibilidad de sustitución del Gobierno por el Juez. Control de los actos discrecionales del Gobierno en función de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados o judicialmente asequibles; 1.4.- Principio de contradicción y publicidad procesal versus secreto de los documentos. Solución en una Cámara *ad hoc* que conozca de los asuntos independiente del órgano judicial competente en la instrucción.

1.1.- Relaciones conflictivas entre los derechos fundamentales y la seguridad del Estado; ¿Puede el Gobierno delinquir al amparo de las materias clasificadas?; Insuficiencia de los métodos de control del Legislativo sobre el Gobierno; Ponderación de bienes jurídicos a proteger por el Poder Judicial como posible solución.

Partimos de la Constitución. En ella se reconoce en su artículo 24 la tutela judicial efectiva como un *derecho fundamental* que *asiste a todas las personas* mientras que en el artículo 105.b) se hace alusión a la “seguridad y defensa del Estado” como un *valor o bien constitucional* susceptible de protección *frente a todos los ciudadanos*. En el primer artículo se reconoce un derecho fundamental de todas las *personas* mientras que en otro se establece un freno o límite al ejercicio de los derechos por todos los *ciudadanos*.

A primera vista, parecería que un derecho fundamental tiene un mayor rango que un mero valor o bien constitucional²⁷⁴. No obstante, y

²⁷⁴ Ya vimos que se trataría de seguir la doctrina de HESSE en cuanto que no existe jerarquía entre principios y derechos constitucionales y que en caso de conflicto entre ellos se debía “optimizar” el mismo de manera que no se viera sacrificado ninguno de

dadas las relaciones instrumentales entre el artículo 105.b) y 20.1.d) CE ya defendida en otro trabajo, no podríamos descartar el hecho de considerar en cierta forma el derecho del art. 105.b) y sus límites como parte o manifestación especializada del art. 20.1.d) y por tanto, en el mismo nivel que el derecho a la tutela judicial efectiva. De cualquier forma, dentro de la teoría general de los derechos fundamentales, sería perfectamente defendible el hecho de que un derecho fundamental fuese limitado por un valor o bien reconocido constitucionalmente. De hecho, hay autores²⁷⁵ que afirman que la propia primacía de los valores de la seguridad y la defensa son elementos constitutivos del Estado constitucional y la derrota de éste o su supeditación a ciertos derechos individuales supondría “la paralela derrota de los derechos y libertades de los individuos”, siendo “el Estado de derecho lo que permite la vigencia y disfrute de los derechos fundamentales, que no son imaginables al margen del mismo. Si se quebranta ese Estado, no es una libertad de uno o varios individuos lo que resulta dañado, sino el conjunto de libertades de la sociedad”.

No podemos estar más de acuerdo con estas palabras, si bien es necesario hacer una acotación, pues lo que se trata de defender es el Estado de derecho, es decir un Estado donde el cumplimiento de la Ley se erige en el criterio principal de comportamiento. Sin embargo, un Gobierno o cualquier otra institución democrática que utilice torticeramente los conceptos de seguridad y defensa para encubrir actividades ilícitas no constituye lo que la doctrina citada anteriormente llama Estado de derecho, y por tanto su sostenimiento, ya no es “lo que permite la vigencia y disfrute de los derechos fundamentales”, sino precisamente lo contrario, esto es, un elemento distorsionante de los mismos. Entendemos por ello, que se hace por tanto imprescindible el control de la justificación o motivación en cuanto a que los actos del Gobierno de clasificación o no desclasificación vengán justificados por una afectación real, efectiva y grave de la seguridad o la defensa²⁷⁶ y que

ellos. Sin embargo, entendemos que si desde un punto de vista dogmático esto es conveniente e incluso deseable, en los conflictos esta opción es muy difícil sin al menos decantarse por alguno de ellos con carácter prioritario. Por ello, y según el mismo autor, habrá que considerar que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran *reconducidos a la protección de los derechos fundamentales*, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado.

²⁷⁵ SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: *Op. cit.*

²⁷⁶ Como ya se sostuvo, que la efectividad, gravedad e inminencia se exijan al riesgo en lo que respecta a la seguridad (al ser una actividad preventiva), reservando dichas notas para el daño cuando se trata de la defensa (que se trata en todo caso de una actividad de naturaleza reactiva).

estos valores no sirvan de elementos encubridores de actitudes injustificables en un Estado de Derecho puesto al servicio de los intereses del Gobierno.

En este último aspecto, discrepa cierto sector de la doctrina²⁷⁷, el cual propugna, como ya vimos, que un secreto no será ilícito por el mero hecho de encubrir un acto antijurídico o delictivo (objeto ilegal), sino solo por el hecho de que se clasificación no venga justificada por la Seguridad o Defensa del Estado (elemento objetivo ilegal)²⁷⁸. En este punto nos plantearíamos la siguiente cuestión: ¿podría la seguridad o la defensa del Estado justificar la comisión de actividades delictivas por parte del Estado? Solamente dando una respuesta afirmativa a esta cuestión se podría sostener la postura del citado sector doctrinal. Sin embargo, discrepamos de ella ya que entendemos que cualquier acto delictivo o ilícito por parte del Estado excluye cualquier otra justificación del secreto aunque éste formalmente pueda ser lícito. Quizás las actividades que se pretenden evitar pondrían en peligro el Estado, pero desde luego, lo que acabaría con el mismo, en su acepción “de derecho”, sería un “Estado delincuente” cuya actuación estaría guiada por los intereses del “aparato” o del Gobierno de turno, el lucro económico o la mera venganza por agresiones o amenazas sufridas en el pasado.

La tendencia doctrinal antes mencionada²⁷⁹ mantiene también que “habrá que presumir que un Gobierno salido directa o indirectamente de las urnas....no impondrá otros sacrificios que los estrictamente necesarios derivados del interés general” y que en caso de que su comportamiento no se ajuste a derecho, excediéndose en su poder, los controles deben venir por otros cauces diferentes a los Judiciales representados por el castigo de las urnas en nuevas elecciones, el Parlamento y la opinión pública, pues son las instituciones conectadas con la voluntad de los ciudadanos. Según parte de esa doctrina, la Judicialización de estas cuestiones supondría además un peligro para la imparcialidad de los Jueces y Tribunales. E incluso yendo más allá, afirma que el mero hecho de aceptar categorías como los fondos reservados, los Servicios de Inteligencia o los secretos oficiales implica

²⁷⁷ SEGRELLES DE ARENAZA, I.: *Op. cit.*

²⁷⁸ En contra se manifiestan algunos autores para quien el Estado no puede delinquir y, por tanto, la revelación de un secreto que encubre un delito no es un delito. Así, parecía justificarlo el art. 262 LECrim ya visto anteriormente para la obligación de los profesionales y particulares de declarar sobre hechos delictivos ante los Jueces o el Ministerio Fiscal, en tanto que la cuestión se matizaba respecto de los funcionarios por su obligación especial o reforzada de guardar los secretos.

²⁷⁹ SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: *Op. cit.*

irremediablemente el sacrificio de un respeto “irrestricto” de los derechos individuales, postulando una opción disyuntiva entre ambos ámbitos. O se suprimen los primeros conceptos y se mantiene un régimen de respeto absoluto a los derechos fundamentales en pos de intereses particulares o bien se aceptan como categorías excepcionales para situaciones de crisis que implicarán el sacrificio de dichos derechos en algunos momentos a favor de los intereses generales. La dicotomía parece que se plantea, por tanto, entre desdeñar las libertades ciudadanas o la negligencia con la seguridad.

Para nosotros Estado democrático implica fundamentalmente participación y el Estado de derecho, como ya se dejó sentado, debe permitir la fiscalización de los actos políticos o de dirección política que son precisamente los que más control deben sufrir, considerando su procedencia, es decir, de políticos que ostentan temporalmente el poder, y de los ámbitos en los que se mueven, tendentes a la conjunción de distintos intereses públicos y privados y, por ende, propensos a la corrupción, así como a la consecución y mantenimiento de ese poder a cualquier precio. Por ello, estimamos que se hace imprescindible el hecho de que se les exijan responsabilidades judiciales cuando corresponda, más allá de las inocuas de carácter político o parlamentario que no dejan de ser técnicas endogámicas de control que por su misma naturaleza no llegan casi nunca a trascender, aunque solo sea por un sentido corporativista y porque, al fin y al cabo, todos tienen casi siempre algo que interesa mantener en secreto, de lo que se deriva generalmente un pacto tácito de no agresión o silencio. El prestigio del país aumentaría precisamente en aquellos casos en que se destaparan secretos que no se corresponden con su verdadero fin o cuyos fines sean delictivos y por los que se exigieran una auténtica responsabilidad²⁸⁰.

En cualquier caso, y admitiendo en hipótesis la dicotomía planteada por la doctrina citada anteriormente, ya argumentamos que era posible no descartar, llegados a este punto, el hecho de concebir el secreto como otra medida excepcional más propia de los estados de excepción y de sitio potencialmente limitadores del derecho del art. 20.1.d) CE y que, sólo una vez declarado los mismos, sería admisible. Quizá esta interpretación sea extrema, pero útil para ser considerada al menos como modelo según el cual el riesgo o daño a la seguridad del Estado y la defensa nacional han debido ser ratificados y apreciados nada menos que por la mayoría absoluta del Congreso o que éste haya otorgado su autorización previa y no por el Gobierno unilateralmente que, en esta hipótesis, vería reducido su papel al de mero solicitante de la clasificación o no desclasificación como medidas excepcionales limitadoras de derechos fundamentales, tal y como ocurre con los

²⁸⁰ En este sentido, GARCÍA RUIZ, para quien acto político exento de control y derechos fundamentales garantizados no son categorías compatibles.

estados de excepción contemplados en el art. 116 CE. De esta forma, también se reconocería su control judicial, pues la propia Constitución y la Ley Orgánica de Estados de Alarma, Excepción y Sitio, prevén la no modificación del principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes por los posibles perjuicios en su actuación y la intervención y el control judicial en caso de que sea necesario por la extralimitación o el abuso en la adopción de medidas dentro del estado excepcional declarado. Parece lógico pensar, en cualquier caso, que si para los estados de sitio y excepción se sigue manteniendo el control judicial sobre las actuaciones de los poderes públicos, mucho más justificable será ese control para los actos clasificatorios y desclasificatorios del Consejo de Ministros cuando se dicten en el desarrollo de la vida normal del Estado y sin que aun siquiera se hayan decretado unos estados mucho más graves en la misma como son el de excepción y el de sitio.

Para terminar con la réplica a las afirmaciones doctrinales²⁸¹ que nos han servido de línea argumental del presente epígrafe, citaremos las que se manifiestan en el sentido de que “ciertamente, y por las consecuencias advertidas, el régimen de secretos oficiales puede conducir, no ya a preterir derechos individuales, sino hasta el abuso en su ejercicio. Pero el Estado de derecho no ha encontrado más remedio que el que deriva de la legitimidad de un Gobierno democrático y del conjunto de controles institucionales, entre los cuales se encuentran los políticos del Parlamento. *Habrà de presumirse que un Gobierno salido directa o indirectamente de las urnas será sensible con los derechos y libertades constitucionales, y que no impondrá otros sacrificios que los estrictamente necesarios derivados del interés general.* Si no se comporta así, podrá ser despojado de su condición a través de los oportunos cauces constitucionales. En último extremo, habrá de convenirse que el pueblo se equivocó cuando eligió al Gobierno que se excedió en su poder. En todo caso, las nuevas elecciones depararán una ocasión para que aquél otorgue su confianza a un nuevo grupo de gobernantes más respetuoso con los derechos individuales. La vigilancia de la opinión pública, el control del Parlamento y de otras instituciones pueden también coadyuvar en el uso templado de las potestades gubernamentales”.

Sin embargo, y a pesar de la impecabilidad de estas afirmaciones, la práctica nos muestra precisamente lo contrario. Que la presunción de la bondad gubernamental *iuris et de iure* que se propugna debe realizarse en sentido justamente inverso y que los controles que invoca son, o bien prácticamente estériles (Comisiones de investigación, preguntas, interpelaciones, etc.) sin mayores consecuencias en cuanto a la exigencia de una verdadera responsabilidad, o bien desproporcionados y escasos (como pueda ser la moción de censura), pues en muchas ocasiones deben

²⁸¹ SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: *Op. cit.*

contar además con una amplia mayoría parlamentaria que coincide con la del Gobierno al que precisamente se quiere someter a control. De otra parte, consideramos que tener que soportar las prácticas irregulares o calamitosas de un Gobierno hasta nuevas elecciones para exigir las responsabilidades oportunas es pedir demasiado en un Estado democrático, sobre todo si aquél es de reciente creación, debiéndose agotar toda la legislatura y, especialmente, porque las “únicas” consecuencias para los políticos salientes serán, como mal mayor, el de pasar al banquillo de la oposición, en tanto en cuanto que comprobamos a diario como las consecuencias para cualquier ciudadano de a pie en la comisión de ilícitos semejantes sí que tiene una réplica inmediata y contundente por parte de la justicia, sin que además, éstos gocen de los privilegios e inmunidades tal y como lo hacen los miembros del Gobierno como componentes, a su vez, de las Cámaras correspondientes.

Los miembros del Gobierno ya gozan por sí de suficientes garantías en el ámbito penal como la **inmunidad parlamentaria** y el **fuero especial** que representa el Tribunal Supremo contemplados ambos en el art. 102 CE, además de la reserva a favor del Congreso (y sólo de éste) de la iniciativa para exigir la responsabilidad penal en la que se plantean los mismos problemas que en el control parlamentario. De hecho, es el propio Gobierno el que puede convertirse en Juez y parte en la posible exigencia de responsabilidad penal, pues es él mismo el que determina cuándo existe una afectación a la seguridad del Estado al estar incluido en las competencias que le son propias ex. art. 97 CE. Como ha puesto de manifiesto la doctrina²⁸², “la conducta típica se halla indisolublemente ligada a las funciones del órgano constitucional que, como tal, corresponden ejercer al Gobierno” o, con otras palabras, “la apreciación en derecho de la vulneración del bien jurídico protegido se halla absolutamente ligada, en los elementos que lo definen al ámbito de actuación que en exclusiva corresponde ejercer a los integrantes del órgano constitucional «Gobierno»”, a lo que añade que “la apreciación de la vulneración del bien jurídico protegido [seguridad del Estado] necesita, inevitablemente, de una previa valoración política²⁸³ de la discrecionalidad de la actuación que permita reconducir la conducta a un

²⁸² GARCÍA MAHAMUT, R.: *Op. cit.*

²⁸³ Valoración con la que discrepamos, pues aparte de la meramente política debe existir otra de carácter jurídica. Para la autora, la valoración política debe producirse dado la indeterminación legislativa del término “seguridad del Estado” y por cuanto que es el Parlamento como titular de la soberanía el único órgano encargado de valorar políticamente aquellas acciones y omisiones que, en el ejercicio de sus funciones, los integrantes del órgano constitucional Gobierno pudieran realizar para salvaguardar las condiciones de normalidad constitucional en el funcionamiento del Estado.

determinado tipo penal”. Otra cosa sea, por un lado, la dificultad de encontrar en el Código Penal un tipo específico que tipifique el delito de clasificar ilegalmente una materia²⁸⁴ por parte de los Presidentes o Ministros (cuestión diferente, como ya hemos visto, al hecho de que con el secreto se encubran otro tipo de delitos comunes, lo cual el secreto en ningún caso justifica) y, de otra, el hecho de que la clasificación corresponde al Gobierno (Consejo de Ministros) como órgano colectivo al que solo se le puede exigir una responsabilidad solidaria del art. 108 CE por parte del Congreso de los Diputados y no estrictamente individual como requiere la imputación individual por la comisión de cualquier delito. Parece pues que con la atribución de la competencia clasificatoria y desclasificatoria al Consejo de Ministros se le está exonerando de cualquier tipo de responsabilidad penal, fuera de la estrictamente colectiva exigida constitucionalmente.

Vistas estas posturas disyuntivas, cabe la posibilidad de exponer otras más conciliadoras entre ambas categorías, haciéndolo posible en función de un juicio de ponderación entre los fines que se persiguen con las mismas. Así, mantienen²⁸⁵ que no es cierto que el Estado no cometa delitos. Aceptan, por tanto, la premisa de que un Gobierno salido directa o indirectamente de las urnas no impondrá otros sacrificios que los estrictamente necesarios derivados del interés general, pero, sin embargo, no comparten que esta circunstancia excluya el control de los actos que emanan del Gobierno y que suponen ese sacrificio. Habrá que estudiar caso por caso y determinar si la comisión de delitos por el Gobierno estaría lo suficientemente justificados por el interés general (seguridad y defensa) que supone el secreto de Estado. Siguiendo esta doctrina, “solo cuando bajo el amparo del secreto de Estado se estén cometiendo delitos graves (narcotráfico, terrorismo, delitos contra la vida, la integridad o la libertad,...) debe ceder éste ante la obligación del deber de colaborar con la justicia, pues en el juicio ponderativo, estos delitos que se cometen tienen la misma entidad que los que se pretenden proteger a través del secreto de Estado”, amparando la posibilidad de que el secreto de Estado legitime la comisión de otros delitos “menores” como el cohecho (con fondos reservados) o el espionaje. Otra cosa sea qué órgano es el competente para realizar esa labor ponderativa que se

²⁸⁴ Quizás pueda encasillarse en el epígrafe genérico del Código penal que se titula “Delitos contra la Constitución” pues el Gobierno y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, por lo que la clasificación indebida acarrearía una infracción de la Constitución (art. 105.b) CE y de la Ley –LSO-). No podemos olvidar de otra parte, que en este grupo de delitos el Código Penal reconoce los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales con los que se puede vincular también la clasificación ilegal del Gobierno que podría afectar a los mismos como en el caso de la libertad individual, el derecho a la intimidad, etc.

²⁸⁵ OTERO GONZÁLEZ, M.P.: *Op. Cit.*

alude, que fundamentalmente podrá quedar en manos del propio Gobierno (Consejo de Ministros) al estilo de la vigente LSO; de una Comisión parlamentaria (según reconoce expresamente la Ley 11/1995, de utilización y control de gastos reservados); del Poder Judicial (esto es, del Juez instructor de la causa en cuestión); o bien de un órgano *ad hoc* (al estilo norteamericano de control *in camera*).

Para nosotros, ya hemos dejado clara, en cualquier caso, la inadmisibilidad de delito gubernamental alguno al amparo del secreto, sin que quepa distinción alguna entre delitos “menores” y “mayores”, como si ésta fuese una eximente o elemento de amnistía para las acciones presuntamente delictivas cometidas por el Gobierno.

1.2.- La limitación del art. 105.b) CE no alcanza a los Jueces al mencionar solo a los “ciudadanos”. Superioridad “jerárquica” de los derechos fundamentales. Inexistencia de una exclusión expresa del Poder Judicial en la LSO. Leyes postconstitucionales que legitiman el control. El problema de la autorización previa por parte del órgano clasificador. Superación de la limitación jurídica por los arts. 7 y 58 LOPJ (relación jerárquica entre Leyes) y el art. 2.a) LJCA (relación temporal entre Leyes); Constitucionalidad de la LSO.

Por otra parte, parece que el límite en cuanto al acceso previsto en el art. 105.b) CE se dirige a los ciudadanos concebidos como aquellos sujetos que tienen una relación normal con las autoridades públicas, pero no se extiende a los miembros de las instituciones o autoridades públicas que, a pesar de su innegable condición de ciudadanos, gozan sin embargo de un estatus de sujeción especial. Es por ello, por lo que podríamos entender que el límite de la seguridad y defensa del Estado no sería planteable en toda su plenitud ante los integrantes del Poder Judicial que gozan de un estatus especial y de una condición que merecería en cualquier caso una mención aparte, tal y como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁸⁶ hizo por su parte con otros colectivos que ni siquiera ostentaban la condición de autoridad pública como los periodistas y a los que se les dio un trato específico en relación con el art. 20.1.d) CE. Por tanto, si ni siquiera se ha incluido a los periodistas en la categoría general de ciudadanos al contemplar un régimen especial para los mismos en el acceso a la información, mucho más merecedor de esta especialidad sería el colectivo judicial que es, a la postre, el que debe perseguir los delitos y recibir las denuncias de los

²⁸⁶ SSTC.30/1982 y 220/1991. Esta última afirma que “la preservación de la comunicación pública libre exige tanto la garantía de ciertos derechos fundamentales como la consideración a los medios que garantizan la comunicación social y a las personas que profesionalmente los sirven” y que “el derecho a comunicar sirva, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica”.

ciudadanos y, en su caso, de los propios periodistas cuando tuviesen conocimiento de la comisión de hechos presuntamente constitutivos de delito.

De otra parte, volvemos a constatar que los conceptos de seguridad y defensa del Estado, entendidos formalmente, no dejan de ser meros principios de actuación del Ejecutivo reconocidos en el Título IV CE dedicado al Gobierno y la Administración, mientras que los derechos fundamentales del Título I parece que gozarían de una mayor “jerarquía” en caso de conflicto por su carácter universal frente a aquéllos, y aunque se deba intentar encontrar siempre una solución conciliadora entre ambos al albur de la interpretación unitaria de la Constitución, ello no quita, que en última instancia, nos decantemos por la primacía de los derechos.

Descendiendo un poco más en la cuestión, corresponde ahora hacer un enjuiciamiento legal del asunto, pues encontramos indicios suficientes como para aportar manifestaciones en el ordenamiento jurídico que justifiquen la postura adoptada en esta tesis. Consideramos que el punto clave inicial se encuentra en la LSO de 1978. En el nuevo artículo octavo se dispone que la clasificación de asuntos en el nivel de secreto o reservado tendrá, entre otros efectos, el que solamente podrán tener conocimiento de éstos las personas “*debidamente facultadas para ello y con las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen*”. Se establecen así dos requisitos *a priori* para el acceso como son el permiso previo para ello por un lado, y el cumplimiento de las formalidades y limitaciones por otro.

Empecemos por analizar quién está *debidamente facultado* para el acceso. Expresamente se reconoce en la nueva redacción del artículo diez a las Cortes Generales el acceso permanente a las materias clasificadas. Pero nada más. Se excluirían, por tanto, a todos los ciudadanos, entendiendo que entre éstos se encontrarían también los Jueces, lo cual ya hemos dicho que podría resultar cuanto menos discutible. Como ya vimos, distintos autores postulan que al no prohibirse expresamente el acceso a la jurisdicción ordinaria (tal y como hacía en su artículo diez dos la antigua Ley del 68), se estaría permitiendo dicho acceso. A pesar de que se pudiera compartir inicialmente este argumento, entendemos que debe ser matizado, pues es claro que la LSO del 78 habla expresamente de las personas “*debidamente facultadas*” para ello, con lo cual se infiere que para acceder a la documentación será necesario, además de que no se prohiba expresamente, una facultación o apoderamiento *expreso*, bien por los órganos citados en el art. 4 LSO (Consejo de Ministros o JUJEM) o por la propia Ley.

Lo que no escapa a nadie, es que a pesar de que no se reconozca expresamente esta capacidad a los Jueces en la LSO, sí que se reconoce con carácter general en la Constitución (arts. 103, 106 y 118 entre otros), y en tres normas postconstitucionales como son la LOPJ (arts. 7²⁸⁷ y 58²⁸⁸), la Ley 50/1997, del Gobierno (art. 26.3²⁸⁹), que se remite a su vez a la LJCA (art. 2.a)²⁹⁰.

Parece pues, que desde un punto de vista orgánico, tanto Cortes Generales como el Poder Judicial estarían legitimados o debidamente facultados para el acceso a la información clasificada.

Ahora bien, el acceso se debe hacer por los órganos legitimados pero, según los términos de la LSO, “*respetando las formalidades y limitaciones que en cada caso se establezcan*”. ¿Cuáles son éstas? Vayamos por partes. Para las Cortes Generales ninguna, pues *siempre se*

²⁸⁷ “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos. 2. En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones Judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido. 3. Los Juzgados y Tribunales *protegerán* los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, *sin que en ningún caso* pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”.

²⁸⁸ “La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo conocerá: 1.º En única instancia, de los recursos Contencioso-Administrativos que se promuevan **contra actos y disposiciones emanadas del Consejo de Ministros**, o de sus Comisiones Delegadas del Gobierno, de los recursos contra los actos y disposiciones procedentes del Consejo General del Poder Judicial y contra los actos y disposiciones de los órganos competentes del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo en materia de personal y actos de administración”.

²⁸⁹ “3. **Los actos del Gobierno** y de los órganos y autoridades regulados en la presente Ley **son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa**, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora”.

²⁹⁰ “El **orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:** a) La **protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos**”.

les permitirá el acceso por declaración expresa de la Ley, eso sí, con la excepción ya aludida y prevista para el ámbito del CNI en el art. 11.2 de la Ley Orgánica 11/2002, de 6 de mayo, Reguladora del Centro Nacional de Inteligencia y en la forma que determinen los respectivos Reglamentos del Congreso y del Senado y las Resoluciones que se aprobaron *ad hoc* para esta materia, aunque ya hemos visto que *de facto* el Gobierno siempre podrá denegar el acceso a la información solicitada por los Grupos parlamentarios, las Comisiones o los Diputados y Senadores que las integran.

Para el Poder Judicial la cuestión se torna más compleja. Esas limitaciones deberán surgir de los artículos citados que lo legitiman orgánicamente para acceder y del artículo once apartado dos de la LSO en su redacción del 78, en el que se dice que corresponderá en cualquier caso, a los órganos del artículo cuatro (Consejo de Ministros y JUJEM²⁹¹) *conceder* en sus respectivas dependencias *las autorizaciones* para el acceso a las materias clasificadas, así como para su desplazamiento fuera de las mismas. Parece pues, que los Jueces, incluso cumpliendo con todos los requisitos y formalidades debidas en cada caso, se encontrarían finalmente con la voluntad del Consejo de Ministros o la JUJEM para el citado acceso, por lo que si existía una legitimación formal desde un punto de vista orgánico, ésta podía verse mermada por los requisitos o formalidades materiales, salvo que se optase *de lege ferenda* por aprobar una nueva Ley de Secretos Oficiales donde se reconociese expresamente la facultad a los Jueces para el citado acceso tal y como se ha hecho con las Cortes Generales. De hecho ya existen precedentes en nuestro ordenamiento jurídico en este sentido. A saber:

²⁹¹ REBOLLO VARGAS y FERNANDEZ RAMOS consideran a la JUJEM deslegitimada para clasificar determinadas materias como secreto de Estado dada la falta de competencia material derivada de su configuración en el art. 11 L.O. 6/1980, de 1 de julio, de Defensa nacional y Organización Militar y en los arts. 1.5 y 19 del R.D. 1/1987, de 1 de enero, sobre la estructura básica del Ministerio, donde le atribuyen funciones de asesoramiento de carácter técnico. Ya hemos visto que en la actualidad, la JUJEM ni siquiera es un órgano existente en la estructura orgánica de la Defensa pues la propia Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre de la Defensa nacional (que deroga la Ley Orgánica de Defensa nacional y Organización Militar) ni siquiera la menciona y parece “sustituirlo” por el Consejo de Defensa nacional (CDN) al definirlo en su art. 8.1 como el “órgano colegiado coordinador, asesor y consultivo del Presidente del Gobierno en materia de Defensa” y aglutinar entre otros a los Jefes de Estado Mayor en la composición del mismo en el art. 8.5.e) de la citada Ley. Es lógico pensar por tanto que, por extensión, este organismo carecería no solo de las competencias para clasificar, sino también de aquellas relativas a la concesión de una autorización para acceder a las materias clasificadas.

- El Proyecto de Ley Orgánica de Secretos de Estado (marzo de 1997), en cuyo art. 8.1 se dice que “los Acuerdos del Consejo de Ministros.....serán recurribles ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, por las partes personadas en el proceso de que traiga causa”.

- La propia Ley Orgánica 11/2002, de 6 de mayo, Reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, en cuyo art. 12 se reconoce el control judicial *previo* del CNI, que se llevará a cabo en la forma prevista en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, Regladora del Control Judicial previo del CNI respecto de las actividades del citado Centro que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución española, pues son éstos los que expresamente exigen autorización judicial para una eventual injerencia justificada por razones de seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás (art.8 CEDH). En este caso, no obstante, el control se extiende únicamente a los actos del CNI (que no del Gobierno) y que afecten exclusivamente a los derechos fundamentales contemplados en el art. 18.2 y 3, sin hacer mención del resto, extremos ambos que no se acaban de entender: De un lado, si sobre las actividades del CNI, siendo *ex lege* clasificadas y secretas (art. 5.1 L.O. 11/2002) se permite su control y acceso tanto por la Comisión que controla los créditos destinados a gastos reservados (ex art. 11.1 L.O.11/2002) como por el Poder Judicial con carácter previo (ex art. 12 L.O. 11/2002), ¿por qué no podría hacerse lo mismo respecto a las actividades del Gobierno en la materia? De otro lado, no se comprende la restricción del control judicial a los derechos del art. 18.2 y 3 CE, pues tan importantes son los derechos citados como todos los demás contemplados en el Título I de la CE (o, al menos, los de su Sección 1ª del Capítulo 2º). En cualquier caso, el control sobre la actividad del CNI se realizará por un Magistrado del Tribunal Supremo que se nombrará por un período de cinco años, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre Magistrados de dicho Tribunal que cuenten con tres años de servicios en la categoría (art. único L.O.2/2002).

En esta tesitura, y con vistas a salvar el impedimento en cuanto a las formalidades o requisitos para el acceso (concesión de autorización por parte del Consejo de Ministros o JUJEM), solamente se nos ocurre, con la regulación actual en la mano, recurrir a lo argumentado hasta ahora de la inaplicabilidad del art. 105.b) CE a los miembros del Poder Judicial como ciudadanos con un estatuto jurídico especial que merece también un tratamiento especial y diferenciado (otorgado por el Título

VI de la Constitución y las Leyes que regulan su organización y funcionamiento específicos).

Asimismo, podríamos invocar los ya mencionados arts. 2.a) LJCA y 7 y 58 LOPJ que establecen imperativamente que la jurisdicción contencioso-administrativa (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo) conocerá de los actos del Gobierno sometida a unas condiciones que serán objeto de estudio pormenorizado más adelante. Encontramos, por tanto, una aparente contradicción entre estos últimos artículos y el once dos de la LSO, puesto que si la LJCA establece que “conocerán”, impone imperativamente que lo harán siempre, si bien limitado a determinados aspectos (control de los actos reglados, vulneración posible de los derechos fundamentales e indemnizaciones), salvo que consideremos que el límite de la LSO, en forma de una necesidad de desclasificación formal previa, se deba añadir también a los límites del art. 2.a) LJCA, pero ello no sería posible pues impediría, siempre que así lo deseara el Consejo de Ministros o la JUJEM, el control de los demás aspectos reconocidos también por una norma con el mismo rango de Ley. De otra parte, y *de lege ferenda*, una Ley que reconociese a los Jueces la misma capacidad que a los Diputados, haría innecesaria la previa desclasificación citada. De hecho, con la propia LSO, el magistrado PECES MORATE, en el FJ. Décimo de su voto particular a la STS. de 4 de abril de 1997, afirmó sin ambages que,

“Por todo lo expuesto, entiendo que si el material está justamente clasificado como secreto, al igual que sucede en este caso, **no procede cancelar dicha clasificación**, sino que, requerido como medio de prueba por el Juez competente en resolución definitiva y firme, ha de ser entregado a éste, para que, una vez conocido su contenido, pueda decidir acerca de su trascendencia probatoria en el proceso de que conoce. En su virtud procede estimar los tres recursos contencioso-administrativos interpuestos por no ser ajustados a Derecho los acuerdos del Consejo de Ministros impugnados en cuanto han impedido la entrega a los Jueces que lo solicitaron del material clasificado incluido en las exposiciones que elevaron a aquél y se debe ordenar que se lleve a cabo dicha **entrega sin que se cancelen las correspondientes clasificaciones** de los documentos interesados”.

Así lo entendió el Juez titular del Juzgado de Instrucción nº5 en el caso del CESID, al afirmar que con el suministro de la información requerida, “no se viola la legislación de secretos oficiales” y que la negativa de la autoridad administrativa a contestar “no está amparada por la normativa que expresa” relativa a los secretos oficiales.

Pero es que además, y siguiendo a un sector de la doctrina²⁹², no sería necesaria dicha desclasificación previa para aquellas materias que son secretas por Ley, tal y como establece el artículo 1.2 LSO (“tendrán carácter secreto, *sin necesidad de previa clasificación*, las materias así

²⁹² OTERO GONZÁLEZ, M^a.P.: Op. cit.

declaradas por Ley”)²⁹³. Asimismo, y en apoyo de este argumento, también se debe hacer mención a la idea de que, en principio, el Juez no desclasifica si la clasificación es ilegal. Solo desclasificaría alguna materia cuando hubiese sido legalmente clasificada ya que cuando es ilegal, lo único que hace es determinar la nulidad de un acto clasificatorio indebido. Y, por último, porque, al fin y al cabo, lo que se prohíbe en última instancia es la divulgación de la información a la que se accede más que el acceso en sí mismo.

Esta último sector doctrinal mencionado, considera que el TS ha desperdiciado una inmejorable oportunidad de plantear la inconstitucionalidad de la actual LSO²⁹⁴ en consideración de los

²⁹³ En este sentido, existen los Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 (BOCG de 6 de noviembre de 1987) y de 15 de octubre de 2010, por el que se clasifican determinados asuntos y materias con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales. Dado su carácter de mero “Acuerdo”, se puede entender *sensu contrario* que las materias incluidas en el mismo necesitarían de previa desclasificación, pues no serían materias clasificadas como secretas por Ley.

²⁹⁴ A pesar de que la STS. de 4 de abril de 1997 descartó en su FJ. Quinto cualquier atisbo de inconstitucionalidad de la LSO aduciendo que “es igualmente cierto que las propias exigencias de **eficacia** de la acción administrativa, aludidas en el artículo 103.1 de la Constitución o la necesidad de **preservar la existencia misma del Estado**, en cuanto presupuesto lógico de su configuración como Estado de Derecho, pueden justificar que se impongan límites a la publicidad de la acción estatal y más concretamente, y por lo que hace al caso a resolver, que se encomiende al Gobierno, a quien compete la dirección de la defensa del Estado -art. 97 de la Constitución-, una competencia primaria, en los términos que fije el legislador -**art. 105, b) de la Constitución**-, para decidir sobre la imposición de restricción a la publicidad de la acción estatal frente a cualquier autoridad, con mayor razón cuando en el **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**, de 1950 (RCL 1979\2421 y ApNDL 3627), se prevé la posibilidad de que el ejercicio de ciertos derechos pueda ser sometido a restricciones que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional -arts. 10.2 y 11.2-, por lo que **debe reconocerse validez, desde la perspectiva constitucional, a la Ley de Secretos Oficiales de 1968**, al menos en los aspectos en los que atribuye competencia al Consejo de Ministros, para clasificar o desclasificar como secretos determinados asuntos o actuaciones estatales, a través del procedimiento que en esa Ley se establece...”. El Magistrado PASCUAL SALA confirma esta hipótesis en su voto particular aportando nuevas razones por las que considera la LSO como constitucional, esgrimiendo que “Ley de Secretos Oficiales, después de la reforma de 1978, es una Ley preconstitucional, sí, pero, aunque pueda parecer una obviedad decirlo, sin déficit democrático alguno -a la postre fue, como la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, aprobada por las propias Cortes que, muy poco tiempo después, alumbraron la Constitución misma- y, sobre todo y en cuanto aquí interesa, **porque respeta los principios propios de todo Estado**

artículos 9, 24, 103, 106 y 117.3 CE (que otorgan un pleno poder procesal de investigación a los Jueces) con los que entra en conflicto, “siendo bastante difícil conciliar el derecho a la tutela judicial efectiva con la seguridad del Estado cuando sobre esta última materia no cabe conocimiento por parte de los Jueces”. No podemos dejar de estar de acuerdo con la citada doctrina en cuanto al conflicto planteado y respecto a la necesidad de aprobar una nueva Ley de Secretos Oficiales donde se reconociese expresamente la facultad a los Jueces para el citado acceso, tal y como se ha hecho con las Cortes Generales y siguiendo los pasos marcados por el Proyecto de 1997. Una vez hecho este reconocimiento, sería vano cualquier planteamiento posterior sobre la necesidad de desclasificación previa de la información para permitir su acceso por parte de los Jueces.

Sin embargo, no consideramos el argumento extremo por el que se afirma la inconstitucionalidad de la LSO, por lo que nos planteamos acudir a otras normas diferentes a la Constitución para resolver el conflicto, justificando el control judicial. Tanto si se aprobase esa hipotética Ley de Secretos, como si consideramos los artículos de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa y la Ley Orgánica del Poder Judicial mencionadas, en ambos casos las leyes tendrían el mismo rango que la LSO, por lo que no se podría solventar el problema a través del principio de jerarquía. Solamente encontramos una posible solución desde el criterio temporal, por el que la *lex posterior derogat anterior*. Así parece confirmarse si acudimos a la Disposición Derogatoria Primera de la LJCA en la que se dispone, eso sí, de manera excesivamente genérica, que “quedan derogadas todas las normas de *igual* o inferior rango en lo que se *opongan* a la presente Ley”. Por tanto, entendemos derogada implícitamente la exigencia de desclasificación previa del Consejo de Ministros para que los Jueces pueden acceder a la documentación clasificada en aquellos casos en que se necesita controlar el cumplimiento de los actos reglados de los actos del Gobierno, la posible violación de un derecho fundamental o la revisión de las indemnizaciones, pues de lo contrario, la decisión de no desclasificar la documentación por parte del Consejo de Ministros al amparo de la LSO impediría simple y llanamente algo que exige una Ley posterior, la LJCA, esto es, el control judicial de esas cuestiones, oponiéndose a lo dispuesto en la misma.

de Derecho de restricción máxima de la falta de transparencia o publicidad de la acción estatal, incluida la propia de la lucha antiterrorista, y **hace posible el control jurisdiccional** de actos como el que ahora se enjuicia, sin perjuicio de las consideraciones que después se harán en punto a la extensión y límites de ese control. Así, respecto de estos extremos, la Ley de 1978 concretó exclusivamente en el Consejo de Ministros y en la Junta de Jefes de Estado Mayor”.

Las mismas apreciaciones podrían hacerse respecto a los artículos 7 y 58 LOPJ, si bien esta Ley no contiene la disposición derogatoria expresa por la que se derogan todas aquellas Leyes en lo que se opongan a la misma, por lo que es lógico pensar que al tratarse de una Ley Orgánica, en este caso sí podría ser aplicable el principio de jerarquía normativa por el que podemos considerar la derogación tácita del artículo once dos LSO como consecuencia del rango superior de la Ley Orgánica (del Poder Judicial) sobre la Ley ordinaria (de Secretos Oficiales)²⁹⁵.

1.3.- Alcance del control Judicial: no sustitución del Gobierno por el Juez. Control de los actos discrecionales del Gobierno en función de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados o judicialmente asequibles.

Una vez dejado sentado el hecho de que consideramos que los Jueces están legitimados para el acceso a las materias clasificadas sin necesidad de desclasificación, otra cosa sería que, reconocida orgánica y funcionalmente la legitimación del Poder Judicial para acceder a las materias clasificadas, ésta sea ilimitada. Entendemos que, una vez que se hubiera accedido a tal información, solamente serían susceptibles de revisión los actos reglados (competencia del órgano clasificador, forma de clasificación -procedimiento- y motivación de la clasificación o no desclasificación), la posible vulneración de los derechos fundamentales (especialmente los derechos del art. 24 y 20 CE) y las indemnizaciones que, en su caso, correspondieran. Pero no más allá²⁹⁶. Es decir, podrán anular la decisión de clasificar o no desclasificar para que el Consejo de Ministros reconsidere y motive de nuevo la decisión, pero no ordenar la clasificación o la desclasificación en sí misma, pues ello supondría simplemente la sustitución de las funciones del Poder Ejecutivo por el Poder Judicial en un ejemplo claro de lo que se ha venido en conocer

²⁹⁵ A pesar de que cierto sector doctrinal propugna que las relaciones entre Ley Orgánica y Ley ordinaria se rigen por el principio de competencia y no de jerarquía, estimamos que las Leyes en conflicto tratan de la misma materia aunque no sea de manera monográfica, esto es, la posibilidad del control judicial sobre determinadas materias, y por ello, y al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC. 5/1981 por todas), entendemos que este podría ser uno de los casos cuya resolución podría hacerse en función del principio de jerarquía.

²⁹⁶ JORDANO FRAGA sostiene la naturaleza discrecional de los actos políticos y por ello, se podría aplicar a los mismos los controles aplicables a los actos discrecionales, de forma que el control no solo se ciñese a la competencia y el procedimiento como elementos mínimos que se deben respetar, sino también otros controles como los propios de los actos discrecionales (control de los hechos determinantes de la decisión, control del fin, de la desviación de poder, el control de razonabilidad, de la motivación del acto, etc.).

como el “activismo judicial” con la correspondiente violación del principio de separación de poderes²⁹⁷.

La jurisprudencia en España no ha seguido una línea definida en este sentido y ha ido evolucionando de manera que ha preponderado finalmente el derecho a la tutela Judicial efectiva sobre el secreto de Estado, trasladándose la ponderación de intereses al Poder Judicial (por todas y con especial énfasis, las SSTs. de 4 de abril de 1997 -caso de papeles del CESID-). Sin embargo, esta opción no parece del todo afortunada si supone la sustitución del Poder Ejecutivo por el Poder Judicial y porque con nuestra legislación de secretos oficiales vigente es imposible atribuir facultades al Poder Judicial para decidir sobre la desclasificación de una materia cuya competencia está atribuida exclusivamente al Poder Ejecutivo. Es decir, el Tribunal solo puede entrar a determinar si se ha violado el derecho a obtener la tutela judicial efectiva y si se trata de una materia que afecta a la seguridad del Estado, enjuiciando los elementos que justifican el carácter secreto de un documento.

Desde este punto de vista, rechazamos sin embargo, que la clasificación de un documento suponga automáticamente su exención de cualquier control judicial ni que éste necesite una previa desclasificación para el mismo o que no pueda entrar a valorar si una materia afecta o no a la seguridad del Estado o la defensa nacional. Sin embargo, su sometimiento al control judicial no supone unas potestades judiciales ilimitadas, debiendo constreñirse su actuación al ámbito estricto que marca la LJCA en su artículo 2.a). El control, así, se dirige a discernir, aparte de la legalidad de los elementos reglados y las oportunas indemnizaciones, en su caso, sobre la motivación de la clasificación o no desclasificación en función de la interpretación de los conceptos jurídicamente indeterminados o Judicialmente asequibles de la seguridad del Estado o la defensa nacional y sobre si la clasificación o no desclasificación suponen una forma de encubrimiento de actividades ilegales del Gobierno o violaciones de derechos fundamentales²⁹⁸, además de ponderar (juicio de relevancia) si los documentos clasificados son prueba de cargo imprescindible y jurídicamente relevantes para demostrar la actividad delictiva del Gobierno de forma que su no desclasificación, en el caso de que se considere necesaria, suponga la

²⁹⁷ Así parece confirmarse en la STS. de 6 de noviembre de 1984 al declarar que “al ser el acto de que se trata un acto de Gobierno, este Tribunal no puede sustituirlo, ordenándole lo que tiene que hacer, por respeto al principio de división de poderes, pieza clave en el edificio constitucional, según queda reflejado en la parte orgánica de nuestra Ley Fundamental de 1978 (Títulos II, III, IV y VI), en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en todas las Leyes Procesales”.

²⁹⁸ Según EMBID IRUJO, junto a otros autores, al amparo de los artículos 24 y 53.1 CE

indefensión del denunciante y la consiguiente impunidad del Gobierno. Otras cuestiones son la ya mencionada prohibición de que el Poder Judicial sustituya al Gobierno o la JUJEM, clasificando o desclasificando documentación u ordenando la misma a aquéllos, así como qué órgano sea competente para dicha ponderación, en lo que la doctrina no es ni mucho menos pacífica al respecto.

La propia jurisprudencia del Supremo insiste en la imposibilidad de sustitución de la actividad política discrecional del Gobierno por la jurisdicción (SSTS. 30/07/1987, 24/07/1991 y 22/01/1993). Efectivamente, y siguiendo a GONZÁLEZ SALINAS, se puede afirmar que existen actos del Gobierno que pueden tener un contenido político o de dirección política en el que el ordenamiento jurídico le deja un margen discrecional de actuación. Según el citado autor, “en estos supuestos no es que el acto esté exento de control jurisdiccional, sino que, al no venir vinculado su contenido en un sentido determinado, no infringe el derecho”.

Sin embargo, si ya hemos considerado que la clasificación o desclasificación no son actos de dirección política sino ejecutivos, quizás, se pueda concluir, interpretando las sentencias *sensu contrario*, que el control en estos caso sí que sería posible o que el control posible y deseable fuese selectivo, centrándose tanto sobre la legalidad de la clasificación o no desclasificación, atendiendo a la afectación al concepto jurídico indeterminado de la seguridad del Estado y la defensa, como sobre si en esas decisiones se encubre la comisión de algún delito, irregularidad formal o violación de algún derecho fundamental invocados por algún particular afectado por la decisión, además de las indemnizaciones que correspondieran en su caso.

Siguiendo a parte de la doctrina respecto al concepto de la discrecionalidad²⁹⁹ (que da por sentado que el control judicial de la discrecionalidad “es un control de naturaleza estrictamente jurídico”), ésta mantiene que “para ser propiamente jurídico, el control de la valoración de los hechos no puede basarse en hipótesis, conjeturas, estimaciones o apariencias, ni consistir en la mera sustitución de una valoración opinable por otra valoración opinable” y confirma que el control judicial sobre la discrecionalidad “solo se puede extender, aparte de los **aspectos reglados** específicos que resulten de las normas jurídicas aplicables en cada caso y con unas u otras peculiaridades según los supuestos de discrecionalidad, el control de la **desviación de poder**, al de la existencia de los **hechos determinantes** y al del **error de derecho** que derive de una apreciación manifiestamente incorrecta de los mismos, al control del respeto de los **principios generales del derecho**, incluido

²⁹⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Discrecionalidad administrativa y control judicial”, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, PP. 137, 155 y 159.

el de las decisiones arbitrarias por manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, así como el control del cumplimiento de las **garantías organizativas, procedimentales y formales (motivación)** que vinculan en todo caso el ejercicio de las potestades discrecionales”. Los Jueces – y esta es una de las claves de la tesis- no podrán, por tanto, invadir el área de la oportunidad del Gobierno, debiendo enjuiciarse los actos clasificatorios o desclasificatorios desde parámetros jurídicos (como los que se acaban de mencionar) y motivando jurídicamente – al igual que el Gobierno- su decisión. No obstante, resultaría admisible que la motivación exigible al Gobierno pueda ser menos exigente, bastando una apariencia de verosimilitud o sostenibilidad desde el prisma de lo razonable, al tratarse de decisiones que admiten la discrecionalidad (bien técnica, bien interpretativa) por venir condicionadas por conceptos jurídicos indeterminados.

En este sentido, el objeto del control de los Tribunales girará en torno a si el Gobierno ha realizado la clasificación o la no desclasificación de materias atendiendo a razones objetivas y razonables de que su desvelamiento pueda poner en riesgo (real y efectivo si se quiere) a la seguridad del Estado, considerando este concepto como “zona de penumbra” o “hueco normativo” donde son posibles distintas valoraciones atendiendo fundamentalmente a la conveniencia del interés general que es a la postre el del Estado. Así lo ha hecho la STS. de 4 de abril de 1997 al afirmar de manera esclarecedora y sin ambages que,

“Estos contenidos legales y la afirmación antes hecha de sustancial referencia de la seguridad y defensa del Estado a la noción de **permanencia del orden constitucional**, permiten que de ellos rezume una primera e importante conclusión: la documentación cuya desclasificación se solicita forma parte de la que **merece ser calificada legal y constitucionalmente como afectante a la seguridad y defensa del Estado y, por eso, acreedora a su calidad de secreta, puesto que se integra en el conjunto de estudios, medidas, informaciones, decisiones o acciones dirigidas a que el Estado haga frente a una actividad terrorista**, cuya finalidad es alterar el orden constitucional, utilizando como uno de sus medios la violencia contra la vida e integridad física de las personas e ignorando el sistema específico de reforma regulado en el Título X de la propia Constitución”.

Para luego ir más allá, cuando inmediatamente después afirma que,

“La circunstancia de que hayamos podido **aseverar, con nitidez jurídica**, que la documentación sobre la que versa el **proceso se refiere a materias susceptibles de ser consideradas dentro del concepto de seguridad del Estado**, nos permite avanzar en el examen de la posibilidad que tenemos de valorar jurisdiccionalmente la **negativa gubernamental a su desclasificación**”.

De esta manera, si el Tribunal afirma que se trata de materias susceptibles de ser consideradas dentro del concepto de seguridad del Estado, cabe un análisis *a posteriori* sobre la negativa del Gobierno a desclasificar, pues ésta, a pesar de ser correcta desde un punto de vista

legal, admite un análisis en lo que pueda afectar a una hipotética vulneración de los derechos fundamentales y la posible ponderación de bienes en juego, que será cuestión diferente.

En la misma línea doctrinal³⁰⁰ se sostiene que “la conclusión a extraer es pues que el tribunal no se sitúa en lugar de la Administración y decide lo que es razonable, sino que comprueba si la decisión es o no la que razonablemente cabe exigir de un buen y coherente administrador. Lo que se examina son los *límites negativos* de la decisión discrecional (el no haber actuado irrazonablemente o arbitrariamente) y no sus *elementos internos*: el tribunal se mantiene al margen del núcleo de la discrecionalidad (de la elección entre las diferentes posibilidades de actuación permitidas y queridas por el derecho) y, por tanto, dentro de la razonabilidad”.

Para todo ello, consideramos imprescindible que la definición de los conceptos jurídicos indeterminados debe ser lo más precisa posible (bien por las disposiciones legales, bien por la jurisprudencia) en aras de la seguridad jurídica. Y no lo debe ser menos con la seguridad del Estado y la defensa nacional. En la medida en que la definición de estos últimos conceptos aparezcan lo más clara y concisa posible, mayor seguridad jurídica existirá a la hora de la interpretación que hagan el Ejecutivo y el Poder Judicial de los conceptos y de las decisiones que se adopten sobre la clasificación y desclasificación de documentos.

Desde una perspectiva eminentemente legal, no se escapa que es común en nuestros días por parte del legislador del uso como técnica legislativa de la inclusión de artículos de “forma” en los que se establecen únicamente las “definiciones” de los conceptos que se van a tratar en la Ley para posteriormente entrar en la regulación de la materia en cuanto al fondo de la materia en concreto. Por ello, no se descartaría como una buena práctica el hecho de incluir en una futura Ley de Secretos estos artículos definiendo de la manera más concisa posible estos conceptos.

Jurisprudencialmente, y aunque en referencia al secreto de sumario, el Tribunal Constitucional, a través de distintas sentencias (SSTC. 133/1988, 85/1990, etc.), ha establecido diversos criterios para una perfilación de los conceptos indeterminados como son la complejidad del asunto, los medios que intervienen, las personas afectadas, las amenazas y repercusiones (especialmente en el caso de peligro de guerra) o la entidad de los derechos fundamentales posiblemente vulnerados.

³⁰⁰ BELTRÁN DE FELIPE, M.: “Discrecionalidad administrativa y Constitución”, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 99 y 100.

Dejado claro el control que consideramos es posible, esto es el propio de los actos discrecionales, como puedan ser los de clasificación y desclasificación considerando los conceptos jurídicos indeterminados de la seguridad del Estado y la defensa, se plantea otro problema no exento de polémica y que ya fue objeto de mención anteriormente. El control judicial, en caso de que el acto clasificatorio o desclasificador se considerase irracional, desproporcionado, inverosímil o arbitrario, ¿se limitaría a *anular* la decisión o podría ir más allá y *sustituir* dichos actos por su reverso? Según lo dispuesto en la jurisprudencia, parece que la respuesta es clara, pues todo aquello que admita varias soluciones (es decir, donde exista discrecionalidad) solo puede existir por parte del Juez una solución anulatoria, pues no cabría la sustitución de la discrecionalidad. Así, “la sustitución no será generalmente posible en los supuestos de potestades discrecionales, pues hay un núcleo último de oportunidad allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por la decisión judicial” (STS. de 1 de diciembre de 1993). Sin embargo, “la sustitución será insoslayable siempre que el derecho ofrezca criterios bastantes para integrar el contenido del pronunciamiento jurisdiccional” (STS. 1 de diciembre de 1993).

Parece pues, y según la interpretación que hemos dado a los actos clasificatorios y desclasificatorios como actos discrecionales en función de la interpretación de un concepto jurídico indeterminado, que la sentencia solo podría pronunciarse en un sentido anulatorio y no sustitutorio. Para otros sectores doctrinales, con los que respetuosamente discrepamos, esto ciertamente no sería así pues consideran, apoyados en algunas sentencias del Tribunal Supremo³⁰¹, que la mera existencia de un concepto jurídico indeterminado provoca la existencia de una única solución posible lo que permitiría a la postre la posibilidad de sentencias sustitutivas pues no habría margen para el Gobierno de apreciación o elección a la hora de clasificar o desclasificar una materia en función de su afección real y efectiva a la seguridad del Estado y la defensa.

Esta última interpretación parece haber sido la seguida a su vez por la meritada STS. de 4 de abril de 1997, cuyo fallo “ordena” al Gobierno que “proceda a la cancelación como secreta (esto es, a la desclasificación) de tales documentos y a su entrega al juzgado solicitante, si bien limitando lo ordenado a los términos estrictos a los que se ha extendido la petición en la Exposición razonada”. Lo cual no

³⁰¹ STS. 17 de junio de 1989 dice que “a diferencia de lo que ocurre en la discrecionalidad, que implica una libertad para elegir entre soluciones igualmente justas, es decir, indiferentes jurídicamente, los conceptos jurídicos indeterminados sólo admiten una única solución justa”. Frente a esta postura, opinamos que son precisamente los conceptos jurídicos indeterminados los que dan lugar a la discrecionalidad, en este caso de carácter técnica o interpretativa.

dejó de ser criticado por magistrados como XIOL RÍOS en el FJ. Cuarto de su voto particular a la sentencia al manifestar que,

“...es suficiente con una aplicación de las técnicas que nos son familiares en derecho administrativo, tratando de evitar los dos riesgos que a mi juicio prioritariamente confluyen en esta función: el **riesgo de sustitución** (se ha dicho que los Tribunales tienden a confundir el «test» de razonabilidad de los actos de contenido político o de dirección política con una función de sustitución o suplencia de la política que en modo alguno les corresponde...basta ahora con señalar que incluso en alguna ocasión el propio lenguaje empleado denota aquel peligro: según la sentencia no se ha alterado la naturaleza jurídica de los documentos declarados legalmente secretos, «que sólo perderán aquellos que "decidamos" desclasificar»; quizá hubiera sido más exacto, en este y en otros pasajes análogos, referirse a la decisión del tribunal como una decisión que "ordena" que se desclasifiquen determinados documentos como consecuencia de contrastar con el ordenamiento jurídico **la verdadera "decisión" de clasificación, que corresponde al Gobierno y no al tribunal.**”

A pesar de esta crítica, la consideramos insuficiente, pues también el mismo término “ordenar” implica sustitución de manera implícita ya que, salvo desacato o desobediencia, el Gobierno no tendrá otro remedio que optar por cumplir la orden (decisión) y proceder a la desclasificación sin que le quepa margen de decisión en otro sentido. Consideramos, sin embargo, que en este caso se está produciendo una confusión en los términos, pues si el Tribunal determina la nulidad del acto clasificatorio, no tendrá *a posteriori* que desclasificar ningún asunto ni evaluar o decidir dicha desclasificación puesto que la clasificación es como si nunca hubiese existido en derecho y en este caso, sólo cabría retrotraer las actuaciones al momento anterior al acto clasificatorio para dictar otro nuevo en función de una motivación diferente. Así, por ejemplo, el art. 55 LOTC dispone que las sentencias recaídas en amparo (entendemos que tanto judicial como constitucional) contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes,

*“a) Declaración de **nulidad** de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos.*

*b) **Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.***

*c) **Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la **adopción de las medidas apropiadas**, en su caso, para su conservación”.***

, pudiendo implicar este último epígrafe que las “medidas apropiadas” consistan precisamente en ordenar al Gobierno la entrega de determinados documentos como requisito *sine quae non* para que el restablecimiento y la conservación del derecho fundamental debatido,

toda vez que determinada la nulidad del acto clasificatorio, ésta es como si nunca hubiese existido y, por tanto, con la citada orden no se sustituye al Gobierno en la desclasificación, pues ésta ya no es necesaria realizarla para la entrega.

Es necesario advertir que en los supuestos en los que se produzca un exceso de jurisdicción por el tribunal competente en cada caso, las tornas pueden cambiar por completo, y si antes eran los solicitantes del material clasificado los que invocaban la posible vulneración de derechos por la negativa a su facilitación, ahora, paradójicamente, con el exceso cometido por el tribunal abarcando más allá de sus competencias, se podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva no ya de los solicitantes, sino de aquellos a los que se ha solicitado la información (en este caso no ya por indefensión, sino por vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley), los cuales podrán interponer el correspondiente recurso de casación contra la sentencia ex. art. 5.4 LOPJ y 95.1.1ª LJCA, la cuestión de inconstitucionalidad (en el caso de impugnación de leyes que “califiquen” la materia como secreta) o el correspondiente recurso de amparo, ante la posible vulneración de los derechos fundamentales.

En cualquier caso, y dicho todo lo anterior, sí consideramos que la indeterminación de ciertos conceptos jurídicos y el monopolio en su interpretación no permiten una perspectiva amplia y enriquecedora de los citados conceptos que entendemos necesario en un Estado democrático, especialmente cuando de lo que se trata es de encontrar un sentido a conceptos o términos que no son del todo claros o taxativos en su formulación y que admiten diversas posiciones. De esta forma, la interpretación del ordenamiento jurídico no debe ser única por parte del Gobierno o la JUJEM desde una posición monopolística centrada en el Ejecutivo, sino que debe ser compartida con el Poder Judicial que, por otra parte, y según lo dispuesto en el art. 5 LOPJ, son además “quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

Asimismo, el art. 117 CE garantiza, entre otros, la independencia, la imparcialidad y la legalidad de la actuación del Poder Judicial, por lo que éste es el que mayores garantías puede ofrecer a la hora de interpretar, en última instancia, los conceptos jurídicos sobre los que existen dudas, especialmente cuando es el Poder Ejecutivo el que adopta medidas excepcionales limitativas de derechos fundamentales. Así, la *STEDH Klass y otros contra la República Federal de Alemania* de 6 de septiembre de 1978 expone claramente, en un caso de escuchas telefónicas por parte de las autoridades públicas, que es el Poder Judicial

“el que ofrécelas mejores garantías de independencia, imparcialidad y procedimiento legal”³⁰².

De cualquier forma, la discrepancia en la interpretación no debe resultar un factor extraño en el mundo de lo jurídico y no daría lugar de manera exclusiva y automática a la nulidad de los actos adoptados por el Ejecutivo en cuanto a clasificaciones y desclasificaciones de material, sino que también podría suponer una invitación a la reconsideración y nueva motivación de la decisión.

Tampoco podemos olvidar que la seguridad del Estado y la defensa, tal y como se vio en capítulos anteriores, son de suyo conceptos jurídicos, además de indeterminados, cambiantes según las circunstancias históricas, culturales, económicas, etc. de cada país por lo que esa interpretación es incluso más admisible en consideración de las características de estos conceptos. De hecho, es el ya citado art. 3 C.c. el que dispone que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”, por lo que el mismo también serviría de inestimable apoyo a los Jueces para desempeñar esa función de control junto a la posible actividad probatoria que puedan desempeñar ante el aparente desamparo o incapacidad en el que algún sector de la doctrina quiere ubicarlos a la hora de considerar las acciones del Gobierno en el ámbito objeto de la tesis.

1.4.- Principio de contradicción y publicidad procesal versus secreto de los documentos. Solución en una Cámara ad hoc que conozca de los asuntos independiente del órgano judicial competente en la instrucción.

Llegados a este punto, los problemas que se plantean son otros. Fundamentalmente el que atañe al secreto de la materia con la obligada publicidad que los Jueces tienen que dar a los documentos que formen parte del expediente, especialmente si se solicita la apertura del procedimiento a prueba, pues en caso contrario, se produciría la violación del principio contradictorio que debe presidir la tramitación de todo proceso e incluso generar la indefensión de las partes en el mismo. Ya la propia STS. de 4 de abril de 1997 puso de manifiesto en su FJ. Primero que una de las razones por las que el Acuerdo del Consejo de

³⁰² Así lo ha puesto de manifiesto REVENGA SÁNCHEZ, M. en -“Servicios de Inteligencia. La ley imprescindible”, CLAVES DE LA RAZÓN PRÁCTICA, núm. 110, marzo de 2001.

Ministros de 2 de agosto de 1996 no procediese a la declasificación se correspondía con el hecho de que,

“la desclasificación se pide en el contexto de una investigación sumarial, por lo que, en caso de accederse a ella, no podría evitarse la divulgación fuera de la investigación criminal, al incorporarse los documentos a un proceso penal en el que rigen los **principios de contradicción y publicidad**”.

Para seguir afirmando en su FJ. Décimo que en lo atinente,

“al peligro de la publicidad originada por la incorporación a un proceso penal, sería una consecuencia inherente a que se declare la procedencia de la desclasificación, no un motivo para no decretarla.....”.

Discrepando abiertamente el magistrado PASCUAL SALA en su FJ. Décimo al afirmar que la sentencia,

“minimiza los expresados riesgos o porque serían consecuencia de la desclasificación y no un motivo para no decretarla (sic).....Naturalmente que los riesgos por éste apuntados serían siempre consecuencia de la desclasificación. Es, precisamente, esta realidad la que obligaría a tenerlos en cuenta previamente a tal decisión. En un juicio de razonabilidad, los peligros apuntados son no ya sólo posibles, sino incluso probables”.

En este sentido, seguimos a un sector de la doctrina³⁰³ que propugna el establecimiento de una cuestión incidental o pieza separada dentro del procedimiento judicial principal en la que el Juez realice una revisión *in camera* de la documentación analizando la regularidad formal de la clasificación, si se ha realizado la clasificación adecuadamente y si ésta no encubre la comisión de actividades presuntamente delictivas. Este sector doctrinal propugna que sea la Sala correspondiente del TS según la materia la que se encargue de realizar esta tarea. Para otros, sin embargo, lo que sería necesario es la creación de un órgano *ad hoc* de control de composición multidisciplinar o mixto compuesto por Jueces del orden penal, del contencioso-administrativo y miembros del Poder Ejecutivo, evitando así que se produzca una intromisión del ámbito contencioso-administrativo en lo que solo puede conocer la jurisdicción penal y la posible inconstitucionalidad propugnada por parte de la doctrina a la solución del control *in camera* por violación de la interdicción de la indefensión.

Respecto a esta última apreciación, estimamos que no se produce tal indefensión, pues los documentos no se han incorporado formalmente todavía al proceso del que traen causa y lo único que han hecho ha sido pasar a una fase previa donde un Juez diferente al instructor del proceso en el que se ha solicitado la prueba, estima si los documentos son relevantes constitucionalmente a efectos de prueba y si su clasificación

³⁰³DÍEZ PICAZO, L.M.: “El Secreto de Estado en el proceso penal. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de 14 de diciembre de 1995”, en La Ley, año XVII, nº. 3.952, de 15 de enero, 1996.

se ha hecho efectivamente atendiendo a criterios de la seguridad del Estado o la defensa nacional, solicitando al Gobierno que entregue (no que desclasifique) la documentación al Juez instructor si considera finalmente que existe esa relevancia y que la clasificación se ha realizado en función de fines diferentes a la seguridad del Estado y la defensa nacional. No obstante, lo que sí consideramos que se puede achacar al control *in camera* propuesto es, en cualquier caso, su falta de previsión expresa en el ordenamiento jurídico procesal español actualmente vigente, por lo que su establecimiento requeriría de la oportuna modificación legislativa³⁰⁴.

Y todo ello, a pesar de que en los artículos 14 LSO³⁰⁵ y 35 RSO³⁰⁶ se permite el acceso a documentación clasificada o reservada por parte

³⁰⁴ Y todo ello a pesar de que nuestro ordenamiento jurídico presenta en la materia manifestaciones que guardan cierta apariencia o similitud con la inspección “*in camera*” como la del art. 27 RSO, al regular el examen del material clasificado, cuando dispone que: “Por otra parte, y a menos que en la autorización se disponga expresamente lo contrario, no se permitirá, en ningún caso, la toma de notas, datos y demás pormenores del material correspondiente, La persona responsable del Servicio, por si o por medio de otra persona a sus órdenes, y de cuya actuación sea aquella responsable, deberá estar presente en todo momento, mientras dure el examen del material”. Asimismo, la del art. 12.3 LOCNI, cuando se refiere a que “los miembros de la Comisión correspondiente estarán obligados, en los términos del Reglamento del Congreso de los Diputados, a guardar secreto sobre las informaciones y documentos que reciban. Una vez examinados los documentos, serán reintegrados al Centro Nacional de Inteligencia para su debida custodia, sin que se puedan retener originales, copias o reproducciones”. O, por último, los arts. séptimo y octavo de la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 11 de mayo de 2004, sobre Secretos Oficiales cuando disponen respectivamente que “cuando la información recabada se refiera al contenido de un documento la autoridad que haya de facilitarla exhibirá a los Diputados previstos en cada caso por esta Resolución el original o fotocopia de la documentación, si los destinatarios de la información entendieren que ésta resulta incompleta sin el conocimiento directo de los documentos” y “los Diputados a los que se refiere el número anterior podrán examinar por sí mismos la documentación, en presencia de la autoridad que la facilite, y podrán tomar notas, pero no obtener copias ni reproducciones. El examen de la documentación se efectuará en el Congreso de los Diputados o, cuando a juicio del Presidente facilite el acceso a la información, en el lugar en que aquella se halle archivada o depositada”.

³⁰⁵ “La calificación de secreto o reservado no impedirá el exacto cumplimiento de los trámites de audiencia, alegaciones, notificaciones directas a los interesados, sin perjuicio de la eventual aplicación de las sanciones previstas en esta Ley en caso de violación del secreto por parte de los interesados”.

³⁰⁶ “De conformidad con lo dispuesto en el artículo catorce de la Ley, la calificación de secreto o reservado no impedirá el exacto cumplimiento de los trámites de audiencia, alegaciones, notificaciones directas a los interesados, en la forma establecida en la Ley

de los interesados en el procedimiento administrativo para hacer efectivo el principio contradictorio del mismo y no imposibilitar el despliegue de sus derechos a realizar los trámites de audiencia, alegaciones y notificaciones directas en el procedimiento administrativo³⁰⁷, lo cual hemos considerado como un reconocimiento implícito para permitir el acceso en un proceso judicial a dicha documentación (no digamos ya si se trata de la instrucción de actuaciones penales en la persecución de delitos graves), a pesar de que el citado control *in camera* no se hubiese establecido todavía expresamente.

2.-¿Control de discrecionalidad o control de actos de Gobierno?

Ya se intentó justificar en capítulos anteriores por qué considerábamos que los actos de clasificación y desclasificación respondían a una decisión discrecional del Gobierno más que a un acto estrictamente político o de dirección política. Si este último ámbito se circunscribía a las decisiones de máxima oportunidad y libertad, en la que no existían parámetros jurídicos predeterminados por una Ley, pues se trataban en la mayoría de los casos de la posibilidad de poner en práctica determinadas iniciativas, planes estratégicos o políticas públicas de la más variada índole, sin embargo, estimamos que los actos de clasificación o desclasificación no se ven revestidos de estas connotaciones. Entendemos que son meros actos de aplicación del derecho (la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento de desarrollo), si bien con dos características que los hacen especialmente peculiares: que emanan del Gobierno (Consejo de Ministros) y que se realizan en función de un concepto jurídico indeterminado de amplia interpretación como es la seguridad del Estado o la defensa. Pero consideramos que ello no nos debe llevar a la inmunidad judicial de dicha actividad, sino a prestar una especial consideración y cuidado en el citado control, pues al fin y al cabo, se va a tratar de aplicar el control de la discrecionalidad

de Procedimiento Administrativo, sin perjuicio de la eventual aplicación de las sanciones previstas en caso de violación del secreto por parte de los interesados”.

³⁰⁷ Lo que se muestra contradictorio y paradójicamente más garantista con los derechos de los ciudadanos que la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común cuyo artículo 84.1, al regular el derecho de audiencia, dispone que “Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5”, siendo el último artículo el que incluye en su apartado b) entre las materias excluidas “los que contengan información sobre la Defensa nacional o la Seguridad del Estado”.

gubernamental en la toma de decisiones fundada en conceptos jurídicos indeterminados.

Respecto a éstos últimos hay que volver a recordar que también son elementos reglados o criterios valorativos necesarios del acto y, por tanto, sometibles al control de la jurisdicción contencioso – administrativa (ex. Art. 2.a) LJCA). Ahora bien, ello no quiere decir que los conceptos jurídicos indeterminados, en este caso la seguridad del Estado o la defensa, tenga un sentido o significado unívoco, sino que, como es lógico por su propia naturaleza, es opinable, admita diversas interpretaciones o un “margen de apreciación” que en principio corresponderá a la Administración o al Gobierno para concretar el concepto en cada caso y que puede ser refrendado o no por el Poder Judicial posteriormente. Conceder lo contrario solo sería admisible desde una perspectiva filosófica de la verdad material pura y única.

Ahora bien, que existan varias interpretaciones u opiniones sobre el concepto jurídico indeterminado no quiere decir que se trate de un concepto extraño al derecho o que sean admisibles también aquellas que están fuera del derecho o de los parámetros más consolidados dentro de los límites materiales del concepto. Tal y como se pone de manifiesto en la STC. 292/200, de 30 de noviembre, “es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (SSTC 69/1989, 219/1988, 150/1991, 143/1992, 144/1992, 162/1992), que no hay inconveniente constitucional a que el Legislador emplee conceptos jurídicos indeterminados, incluso en normas sancionadoras, siempre que sean razonablemente concretables en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia con los que pueda evitarse en todo lo posible el riesgo de arbitrariedad en su empleo”. Y ahí es precisamente donde creemos que debe intervenir la jurisdicción ordinaria. No para sustituir, insistimos, la interpretación que el Gobierno haya dado a los términos seguridad del Estado o defensa nacional, sino para asegurarse que la interpretación que éste último haya dado a los mismos no se extralimita más allá de lo admisible o razonable para justificar decisiones o actividades ilícitas que puedan provocar a la postre la posible vulneración de los derechos fundamentales³⁰⁸,

³⁰⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Op. Cit.*, pp.120 y 121. El autor es de la opinión de que en el ejercicio de la potestad discrecional “la Administración [en adelante Gobierno *mutatis mutandi*] está llamada en estos casos a completar una norma imprecisa en el proceso aplicativo. Lo que ocurre es que el grado de discrecionalidad será, en estos supuestos, menor que en otros, dado que el proceso administrativo de valoración se halla condicionado y restringido por el concepto indeterminado, es decir, porque, con todo, la norma reguladora de la potestad es menos imprecisa, contiene un criterio valorativo necesario. Entonces, cualquier valoración administrativa que exceda claramente de los límites materiales del concepto, esto es, que incurra en la llamada “zona de certeza negativa” será contraria a derecho, por haber infringido los límites específicos de la discrecionalidad. En cambio, en caso de duda razonable la aplicación

encubriendo intereses espurios del partido en el Gobierno que nada tienen que ver con los del Estado de derecho ni con los de la Nación.

Por tanto, el control sustantivo se debe centrar en la competencia, la composición, el funcionamiento e idoneidad de los órganos; las garantías procedimentales así como el control de la discrecionalidad del Gobierno en la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados de la seguridad del Estado o la defensa nacional, aplicando las técnicas características a aquél como puedan ser la motivación o verificación de los hechos determinantes en los que el Consejo de Ministros ha fundado su decisión clasificatoria o desclasificatoria, el control de la finalidad (desviación de poder), si la interpretación de los términos de seguridad del Estado o la defensa nacional por el Consejo de Ministros se ha hecho de manera absurda, irrazonable, desproporcionada, equivocada o tergiversando completamente su sentido de manera que el error manifiesto en su concepción sea apreciable de manera clara y así resulte a primera vista para cualquier persona razonable y comprobar, por último, si existe violación de los principios generales del derecho.

3.-Extensión de las sentencias:

3.1.-El Tribunal Constitucional; 3.2.- Los Tribunales Contencioso-Administrativos; 3.3.- El Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales; 3.4.- Los Tribunales Penales; 3.5.- El *desideratum* de una Sala “ad hoc” cuya actuación se fundamente en el modelo de la inspección “in camera” norteamericana. Los precedentes en España: La Sala del art. 61 LOPJ y El Magistrado del Tribunal Supremo en la Ley Orgánica 2/2002, Reguladora del control Judicial Previo del CNL.

Esta cuestión es importante acotarla pues ya vimos que tan perjudicial era el hecho de que los Jueces no llegaran como que se sobrepasaran en el ejercicio de sus competencias. Trataremos pues de hacer un breve esbozo competencial que permita intuir cuando estaríamos en presencia de actuaciones inadmisibles por distintos órganos tanto por exceso como por defecto, así como aportar una posible solución a la jurisdicción competente para el conocimiento de los conflictos en torno a la facilitación o no de información por parte del Gobierno.

3.1.- Tribunal Constitucional.

del concepto jurídico indeterminado por la Administración debe reputarse lícita....Esto no quiere decir, desde luego, que el juez contencioso – administrativo deba atenerse a la valoración de los hechos realizada en sede administrativa o que no pueda en el proceso probarse el error de apreciación administrativo. Pero **lo que se debe probar no es que hay otra valoración posible e incluso preferible, sino que la valoración efectuada por la Administración es ilícita, puesto que ha desbordado los límites del concepto aplicable”.**

El art. 54 LOTC dispone que,

*“Cuando la Sala o, en su caso, la Sección conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de Jueces y Tribunales, limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a **preservar o restablecer** estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales”.*

El propio art. 55 LOTC establece a su vez, como ya se ha visto, que las sentencias recaídas en amparo contendrá la *“declaración de **nulidad** de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos; el **reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado o el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación**”.*

Como ya dijimos, la posibilidad de que la sentencia establezca medidas para la preservación o restablecimiento de un derecho fundamental, puede llevar implícito que las medidas apropiadas consistan precisamente en ordenar al Gobierno la entrega de determinados documentos como requisito *sine quae non* para el citado restablecimiento y la conservación del derecho fundamental debatido, dando lugar a que se pueda producir dicha entrega sin desclasificación pues si el acto de clasificación fue nulo, se puede considerar que éste nunca existió.

Asimismo, la STC. 116/1983 confirma que el juicio de *pertinencia* es de exclusiva competencia del Juez ordinario, *“analizándose en sede constitucional la relevancia que la omisión de un medio de prueba puede tener en la resolución definitiva del asunto”*. Por tanto, será también competencia del Tribunal Constitucional la de valorar si se el hecho de prescindir de la prueba tendría suficiente entidad como para producir una indefensión en la parte solicitante y enervar en este caso su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Ni que decir tiene, que también este Tribunal ostenta las competencias para conocer tanto de las cuestiones de inconstitucionalidad como de los puntuales recursos de inconstitucionalidad que se plantearan contra leyes que dispusieran tanto a iniciativa del Gobierno como de las Cortes la *“calificación”* de una

materia como secreta, así como aquellos que se interpusieran contra la propia Ley de Secretos Oficiales.

3.2.- *Tribunales Contencioso – Administrativos.*

En este punto es reseñable un doble ámbito. Tratándose de meras cuestiones de legalidad (clasificación o desclasificación según los parámetros de la LSO y su Reglamento), el control se limitaría a eso, a comprobar la validez o invalidez de los actos clasificatorios o desclasificatorios atendiendo al cumplimiento de los actos reglados (ex. arts. 2.a) LJCA y 58.1 LOPJ), en el caso de que emanen del Consejo de Ministros o si proceden de la JUJEM (ex. art. 1 LSO). En cuanto a la extensión de la sentencia en el caso de que fuese estimatoria, tendríamos que acudir al art. 71.1 LJCA en el que se prevé que el contenido de aquélla puede ser:

“Cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo:

*a. Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, **anulará total o parcialmente** la disposición o acto recurrido o **dispondrá que cese o se modifique** la actuación impugnada.*

*b. Si se hubiese pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, **reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento** de la misma.*

c. Si la medida consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo.

Si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar. La sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia”.

De otro lado, si la impugnación de los acuerdos se hacen siguiendo el procedimiento preferente y sumario, entonces la labor del Tribunal se extiende a considerar si existe o no violación de algún derecho fundamental y su restitución previa ponderación de los intereses en juego (ex. art. 121.2 LJCA). De hecho, este último artículo extiende la potestad del Tribunal a discernir si han existido infracciones del ordenamiento jurídico, pues éstas pueden dar lugar a las mencionadas violaciones. Y ello es lógico, pues la actuación del Consejo de Ministros

o la JUJEM ajustada a derecho no podría ser del todo compatible con una vulneración de un derecho fundamental. Por tanto, consideramos que no resultaría muy desacertado propugnar también en este ámbito un control de legalidad como el determinante para detectar una posible lesión constitucional, a diferencia de lo que dictaminó el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de abril de 1997 al afirmar que,

“Aparte de que el Acuerdo de 1986 no es objeto directo de debate en este proceso, al no haber sido impugnado por los recurrentes, lo que bastaría para rechazar el alegato de la demanda, la relación que el mismo guarda con la cuestión litigiosa no puede desvirtuar la sustantividad propia que reviste el acto denegatorio de la desclasificación de los documentos solicitados por el Juez, que lo hace susceptible de enjuiciamiento con independencia del juicio que pueda merecer la validez de aquel acuerdo. De otro lado, la alegada ausencia en el acto de clasificación de las formalidades requeridas viene a ser **una cuestión de legalidad ordinaria que se manifiesta ciertamente alejada de la lesión constitucional que se invoca, único objeto de revisión en este procedimiento especial**; sin olvidar, a mayor abundamiento, que las formalidades a que se refieren el artículo 10 de la Ley de Secretos Oficiales y el 11 de su Reglamento, no tienen el carácter de requisitos constitutivos de la declaración de clasificación, sino que se refieren a su exteriorización o manifestación y de ahí que se trate de un conjunto de datos que, según la norma reglamentaria, han de constar en una diligencia adherida a la materia previamente clasificada”(FJ SEXTO).

El FJ. Séptimo propugna a su vez que es la labor de ponderación la que corresponde a esta jurisdicción cuando afirma que,

“Es esta idea de «conceptos judicialmente asequibles», la que nos lleva a afirmar que si claramente establecíamos la vinculación entre los documentos, su clasificación como secretos y la seguridad del Estado, no hay razón para que no consideremos que nos sea también asequible determinar negativamente la concurrencia de elementos que o bien eliminen totalmente la afección a dicha seguridad o bien la aminoren en términos que - **ponderando los intereses jurídicos en juego**- nos permitan dar prevalencia, en su caso, al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva invocado por los recurrentes para pedir la desclasificación.

Este espacio en el que debe moverse nuestra decisión, **de ponderación y compaginación de intereses constitucionales** que en apariencia se revelan como de difícil conciliación, es importante destacarlo...”.

Así parece entenderlo también el Magistrado LEDESMA BARTRET al afirmar en el FJ. Octavo que,

“...la valoración, a efectos penales, de la capacidad probatoria de los documentos desclasificados corresponde al Juez penal. En cambio, en tanto permanezcan clasificados, el Juez contencioso-administrativo puede y debe hacer una **valoración** de esos documentos a los efectos del proceso que ante el mismo se tramita, es decir, a los efectos de apreciar si la no aportación al proceso penal de tales documentos -lo que ocurriría en caso de que no fueran desclasificados- **podría producir lesión en el derecho fundamental a la prueba pertinente**. Pues no se olvide que es el Juez de lo contencioso-administrativo a quien nuestro ordenamiento jurídico hace garante, a través del proceso regulado en la Ley 62/1978, de tal derecho fundamental, lo que le implica irrenunciablemente en esa valoración, de la que en ninguna forma puede ser desposeído, transfiriéndola al Juez penal que expone al Gobierno la procedencia de la desclasificación”.

Si bien, anteriormente en el FJ. Séptimo estima también la que nosotros hemos entendido necesaria realización de un juicio de legalidad, al entender que,

“Al llegar a este punto la sentencia da un quiebro en su razonamiento, y situándose en un ámbito diferente, procede a realizar un **juicio ponderativo de los intereses** que considera se encuentran enfrentados en este proceso: el interés de la seguridad y defensa del Estado por el que el Gobierno vela, y el derecho a la tutela judicial efectiva, por el que ha de velar el Tribunal. Mas **el hecho de que la sentencia haya omitido ese juicio de legalidad de los aspectos no reglados del acuerdo impugnado, no quiere decir que tal enjuiciamiento no fuera preciso, pues dicha omisión deja al proceso privado de un razonamiento necesario**, huérfano por tanto de una contestación explícita y pormenorizada a los argumentos cruzados entre las partes en sus escritos procesales. De ahí la necesidad de afrontar tal aspecto de la cuestión”.

Y en el FJ. Décimo *in fine* al sostener que,

“Terminamos recordando que la función jurisdiccional atribuida por la CE, la Ley Jurisdiccional y la Ley 62/1978 al Juez contencioso-administrativo se traduce en un **juicio de legalidad de la actuación objeto del proceso, para comprobar, además, en caso de que la legalidad haya sido violada, si se ha producido lesión de un derecho fundamental, sin que tal juicio de legalidad pueda ser sustituido por un juicio de ponderación de los intereses en conflicto**. Estas consideraciones, respetuosas de las expresadas en la sentencia mayoritaria, justifican el voto particular que se emite”.

También en este sentido se manifiesta el magistrado RODRÍGUEZ GARCÍA en su voto particular a la mentada sentencia al confirmar que para vislumbrar una posible violación de un derecho fundamental se erige como requisito *sine quae non* el análisis de los elementos reglados o de legalidad. Así,

“Concluyendo, si como ha quedado expuesto el acuerdo recurrido está ajustado a Derecho, concretamente, a lo que disponen los arts. 2.º, 3.º, 4.º, 7.º y 8.º de la Ley de Secretos Oficiales, de cuya constitucionalidad no albergo duda alguna, mal pueden resultar lesionados los derechos fundamentales invocados por los recurrentes, que no son absolutos o ilimitados -ningún derecho fundamental lo es- sino de configuración legal. **Sólo en el caso, que a mi juicio no se da, de que el acto impugnado fuera contrario a la mencionada ley, es cuando habría que haberse preguntado si su ilegalidad transcendía a aquellos derechos**, habida cuenta del ámbito limitado del proceso especial en el que nos hallamos”.

Volviendo sobre el asunto de la extensión de la sentencia, el FJ. Octavo se manifiesta en unos términos que consideramos esenciales, pues relaciona el hecho del concepto judicialmente asequible o jurídicamente indeterminado (seguridad del Estado o defensa nacional) con la necesidad de un control determinado por técnicas como el control del fin y la desviación de poder, los principios generales del derecho, el juicio de razonabilidad, de oportunidad, de proporcionalidad, etc. Todos los cuales hacen obligatoria la motivación de la sentencia judicial, al igual que lo era (y así se hizo en el presente caso) para la no desclasificación por parte del Gobierno. Frente a las motivaciones del Gobierno habrá que motivar o demostrar en contrario (“juicio de certeza negativa”) las razones por las que se discrepa. Así,

“Llegados a este punto y tratando de encontrar una explicación al pronunciamiento jurisdiccional de desclasificación, del que se discrepa, cabe plantearse la posibilidad de que el acuerdo impugnado adoleciera de **desviación de poder** (perseguir un fin distinto

del previsto por el ordenamiento jurídico). La propia sentencia reconoce que no es así cuando afirma que la documentación es acreedora a su calificación como secreta y que el Gobierno ha hecho uso de su legítima potestad de dirección política. Con otras palabras, la sentencia reconoce que el Gobierno ha clasificado como secretos aquellos documentos que, según la Ley, son susceptibles de tal clasificación. La potestad ha sido, pues, utilizada conforme a sus fines. Veamos entonces si el acuerdo vulnera **principios generales del derecho integrantes del ordenamiento jurídico**. Se ha escrito que todos estos principios -que fundamentan y estructuran nuestro ordenamiento- se reconducen al principio de **interdicción de arbitrariedad** de los poderes públicos proclamado por el art. 9.3 de la CE. Tal arbitrariedad, en caso de que existiese, podría ser el resultado de apreciar **incoherencia** entre los hechos, las normas y el acuerdo; falta de **razonabilidad de la motivación** fundante; **desproporción** entre el interés público que el acuerdo pretende salvaguardar -el daño o peligro de daño para la seguridad del Estado- y la restricción al acceso a los documentos clasificados como secretos. La sentencia mayoritaria no ha apreciado tal incoherencia, no razonabilidad o desproporción. Por tanto, no cabe más que concluir diciendo que el Consejo de Ministros ha justificado motivadamente la procedencia de la no desclasificación invocando para ello una razón, la seguridad y defensa del Estado, que es lícita con arreglo a la Constitución y la Ley de Secretos Oficiales, así como jurídicamente relevante en el ámbito de una sociedad democrática, como es la española. Hasta aquí no se aprecia que el acuerdo recurrido haya vulnerado la legalidad reguladora de sus requisitos formales y materiales. ¿Cómo puede entonces afirmarse que tal acuerdo haya violado el derecho a la tutela judicial efectiva, entendida como derecho a utilizar en el proceso los medios de prueba pertinentes?”.

Confirma esta postura el magistrado XIOL RÍOS en su voto particular que por su extensión no reproducimos aunque sí resumimos. En su FJ. Quinto reconoce con carácter general cuatro formas de control:

- La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, dentro de la cual considera aplicables el control de los elementos reglados del acto, la motivación, la arbitrariedad o falta de razonabilidad y la desviación de poder.
- La técnica de la determinación de “zonas de certeza negativa” por la que se deben aportar razones para no considerar la concurrencia negativa de elementos que eliminen totalmente la afección a la seguridad del Estado o la defensa nacional.
- Técnica del control por los principios y valores constitucionales o “la llamada interpretación principal que permite superar algunas limitaciones propias de los conceptos jurídicos indeterminados”. Dentro de la misma, distingue el reconocimiento del carácter capital de los derechos fundamentales y los criterios operantes en derecho comparado.
- La noción de asequibilidad, vinculada al control de discrecionalidad técnica y el examen de razonabilidad de la actuación fiscalizada³⁰⁹. Para este magistrado, el concepto de

³⁰⁹ Según sus propias palabras, “El ámbito de los secretos de Estado entiendo que no forma parte de los actos que pertenecen al núcleo de las relaciones entre órganos y poderes constitucionales cuyo equilibrio somete a determinadas garantías la norma constitucional, ni tampoco es equiparable a las decisiones que se toman en el terreno más crudamente político de las opciones entre preferencias sometidas a la crítica del

seguridad del Estado se mueve precisamente de uno de las cuestiones que “necesita de un parecer experto, por la vía del conocimiento científico, de la experiencia, o de la especial información”.

- Técnica de ponderación de derechos y valores constitucionales, en el que es aplicable especialmente el principio de proporcionalidad. Para el magistrado, esta ponderación conlleva específicamente, en relación con el art. 24 CE, tener en cuenta criterios complementarios como la:

“**sustituibilidad de la prueba**, es decir, el de la posibilidad o no de ejercer la acusación con buen éxito fundándose en medios alternativos de prueba, en relación con la capacidad efectiva de defensa de la parte....Finalmente, impone examinar si el documento en cuestión **se refiere directamente a un actividad inequívocamente delictiva** respecto de la cual su valor probatorio es cierto, o por el contrario constituye un elemento para aportar datos sobre la realización de actividades delictivas o que puedan serlo, o para profundizar en su investigación, pero sin un valor probatorio cierto”.

Por concluir, para el magistrado el control judicial sería posible tanto si el acto es político, como jurídico, como si pertenece al ámbito de la discrecionalidad técnica, aunque con diferente intensidad y aplicando técnicas diferentes de las mencionadas anteriormente³¹⁰.

cuerpo electoral (en la que es patente la prevalencia de otros métodos alternativos de control al judicial, aunque no siempre resulte excluido éste por principio), sino que se integra en la materia que en otros derechos se caracteriza como perteneciente al mundo de los expertos. De esta suerte, permite someter a examen aquellos elementos de la actuación fiscalizada que, sin convertir al tribunal en un foro alternativo para la toma de la decisión, favorece el abordar con métodos jurídicos el examen de la razonabilidad de aquélla por tratarse de conceptos comprensibles para el tribunal con cierta garantía de acierto y no especialmente comprometidos por la necesidad de disponer de unos conocimientos o de un nivel de información que pueden resultar inaccesibles al juzgador”.

³¹⁰ “Finalmente, las técnicas de control de la discrecionalidad, en materias como la presente, nos recuerdan que debemos distinguir el nervio de la decisión en cada caso adoptada, para examinar si tiene carácter jurídico, supuesto en el que nuestro control tendrán un grado muy elevado de intensidad, o se trata de cuestiones necesitadas de un parecer experto, por la vía del conocimiento científico, de la experiencia o de la especial información, caso en el que deberemos recordar las limitaciones que aconseja el respeto a la llamada discrecionalidad técnica -como oportunamente se trajo a colación en la deliberación-; o si, finalmente, la decisión tiene un núcleo propiamente político, por razón de la apreciación de criterios de oportunidad reconocida legalmente o de la necesidad de realizar una selección de prioridades relacionada con el nervio de la actividad política en un sistema democrático, caso en el que nuestro control no podrá ser tan intenso, y deberá conformarse con el examen de los presupuestos de hecho, de los aspectos reglados del acto, de la competencia, de la causa y del fin; o, por decirlo en términos más familiares al derecho anglosajón, a

3.3.- Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales.

El art. 17.1 LOCJ parte de la delimitación de los pronunciamientos de este tribunal en el sentido de que “*La sentencia declarará a quién corresponde la jurisdicción controvertida, no pudiendo extenderse a cuestiones ajenas al conflicto jurisdiccional planteado*”. Tal y como ha puesto de manifiesto LOZANO CUTANDA³¹¹ parafraseando a GARCÍA DE ENTERRÍA, “el Tribunal debe actuar por tanto como un *guardagujas* que envía los *carruajes* de las cuestiones de competencia hacia la vía de los Tribunales o hacia la de la Administración, pero teniendo todos los *trenes*, como destino final, la estación del Estado de Derecho”.

Queremos traer a colación dos sentencias de este tribunal significativas al respecto. En primer lugar, la STCJ. de 14 de diciembre de 1995, recaída en el Conflicto de Jurisdicción 10/1995-T, planteado entre el Ministerio de Defensa y el Juzgado de Instrucción nº. 5 de la Audiencia Nacional (Caso Papeles del CESID), así como también la reciente STCJ. de 20 de septiembre de 2011, recaída en el conflicto de jurisdicción 3/2011, suscitado entre la Junta de Andalucía y el Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla (Caso ERE).

En la primera, se ha denunciado por un sector de la doctrina su extralimitación, al erigirse el tribunal como árbitro entre las partes dirimientes, entrando a determinar, ante la falta de previsión legal, si era necesaria o no la desclasificación de la documentación con carácter previo a su entrega al Juez de lo penal y sin entrar en ningún momento a

la revisión de los aspectos jurídico procedimentales y al «test» de razonabilidad de la decisión”. Para continuar en el FJ. Sexto diseccionando lo que implicaría la aplicación de técnicas de control de la discrecionalidad técnica que nos enseña “no solo a valorar el contenido de la motivación, sino los antecedentes que le sirven de fundamento y el grado de conocimiento, imparcialidad y competencia con que puede haber sido adoptada, en este caso por el Gobierno. Asimismo, nos enseña que debe prestarse atención no a los aspectos más jurídicos de la motivación, en que el Tribunal goza de una mayor autonomía, sino a los aspectos en que se concretan propiamente los aspectos técnicos de la discrecionalidad. Con lenguaje de otras latitudes diríamos que es menester examinar la motivación no en el aspecto jurídico, que parece menos asequible a un órgano del Poder Ejecutivo que a un Tribunal, sino preferentemente a los hechos necesitados de una valoración por expertos; y que es necesario valorar también la **proximidad** a la cuestión de quienes suministran las razones en que la decisión se funda”.

³¹¹ LOZANO CUTANDA, B.: *Op. cit.* p. 123, en referencia a GARCÍA DE ENTERRÍA, E. en “Democracia, Jueces y control de la Administración, ed. Cívitas, Madrid, 1995, pp. 151 y 152.

discernir a quién correspondía la competencia para desclasificar. Según LOZANO CUTANDA³¹², “el Tribunal de Conflictos no hace sino revisar y rectificar la interpretación realizada por el Juez³¹³, asumiendo funciones jurisdiccionales de control que no le corresponden”. En este caso, el Tribunal siguiendo a la citada autora, debería haber actuado en el sentido del art. 17.2 LOCJ que también prevé como competencia de estos Tribunales la de “*declarar que el conflicto*” haya sido “*planteado incorrectamente, en cuyo caso ordenará la reposición de las actuaciones al momento en que se produjo el defecto procedimental*”.

Sin embargo el citado Tribunal considera que sí se produce el conflicto (negado por las partes acusadoras –particular y popular- para las que existe una “mera discrepancia de competencias en el sentido de contraposición de intereses”) y entra a conocer del mismo en cuanto que en el FJ. Segundo de la meritada sentencia de 1995 afirma que,

“La adopción de esta resolución [entrega de documentos], cuando afecta a los mencionados actos, documentos e informaciones, integra, por fuerza de lo establecido en la Ley de Secretos Oficiales -artículos 2º, 4º, 7º, 8º y 11 de la referida Ley 9/1968, modificada por la Ley 48/1978-, un conjunto de actuaciones que trascienden claramente la propia función jurisdiccional y se insertan en el ámbito de un concreto aspecto de la función de Gobierno, en cuanto **implican la exigencia** de obtener determinados pronunciamientos, como serían los de **cancelación** de cualquiera de las calificaciones previstas en el artículo 3º, **o la obtención de las autorizaciones precisas para el acceso a las materias clasificadas o para su desplazamiento fuera de las dependencias en que se encuentren**”.

Y continúa argumentando en el FJ. Cuarto que “pese a que es de obligado cumplimiento la colaboración con la Justicia ex. art. 118 CE y 17 LOPJ, también confirma que los Jueces deben cumplir con su labor de investigación en los términos y dentro de los cauces establecidos por las Leyes- artículos 117 de la Constitución y 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial” que modulan el procedimiento de investigación introduciendo determinadas exigencias para proteger otros intereses “modulando restrictivamente” la utilización de determinados medios probatorios. Y es aquí precisamente donde consideramos que realiza la

³¹² LOZANO CUTANDA, B.: *Op. Cit.* p. 133.

³¹³ Para el cual, en sus contestaciones a las reiteradas negativas del CESID a facilitar la información requerida, “no está amparada por la normativa que se expresa [la de secretos oficiales]” para realizar dicha denegación. En el FJ. Tercero de la propia STCJ de 1995 se recuerda su argumentación en cuanto que el Juzgado entiende que “cuando entran en conflicto los intereses propios de la seguridad del Estado y los que conlleva la necesidad de averiguar la verdad material en toda investigación Judicial penal, principalmente la que se produce en los casos más graves que hayan podido afectar a la vida, integridad o libertad de las personas, dicha controversia ha de dirigirse solamente en el ámbito de la jurisdicción penal, inclusive mediante la utilización de los pertinentes recursos cuando se discrepe del criterio valorativo del juez”.

interpretación de la LSO más allá de lo que establece sus términos literales, pues en ninguno de sus artículos se dice expresamente que se deba desclasificar la documentación previamente para que los Jueces puedan tener acceso a ella, aunque el Tribunal considere -como se ha visto *ut supra*- que ello va implícito al acceso, ya que no se les reconoce el mismo con carácter permanente como ocurre con las Cortes, por lo que aquéllos se encuentran englobados en el resto de personas físicas y jurídicas que quieran acceder a los documentos clasificados sin esa especial consideración.

Y así lo confirma en el FJ. Quinto de la sentencia al recordar que el Juez de Instrucción carece de las competencias para realizar requerimientos conminatorios al Ministerio para obtener determinados documentos y relaciona este hecho con la interpretación que aquél hace,

“ante sí y por sí cuándo se dan las condiciones establecidas por la Ley para que pueda resultar efectiva la protección de las tan repetida “materias clasificadas”, o si merecen o no ser clasificadas de secreto oficial o aportadas a un determinado proceso”.

Para terminar concluyendo que lo único que podría hacer el Juez sería dirigirse al Consejo de Ministros,

“y éste pueda valorar dentro de sus funciones directivas de Gobierno, los intereses en juego, principalmente el de la seguridad del Estado, cuya exclusiva interpretación le corresponde en esta materia y decidir en consecuencia [si procede o no a la desclasificación]”.

En la segunda sentencia a la que se ha hecho referencia, se llega a la conclusión de que el Gobierno andaluz no ostenta ninguna competencia para hacer públicas las Actas del Consejo de Gobierno, pues éstas tienen esta naturaleza *per se* y porque así se reconoce en el propio art. 30.3 de la Ley de Gobierno de Andalucía, por lo que no se puede desclasificar algo que no es reservado o secreto con carácter previo. Aquí tampoco es necesaria la desclasificación, aunque por razones distintas a las vistas anteriormente que consistían en la innecesariedad de desclasificar algo que sí se encontraba clasificado cuando es el Juez penal el que solicita la información. Sin embargo, en esta última sentencia, se dictamina la improcedencia del requerimiento de inhibición al Juzgado y el subsiguiente conflicto de jurisdicción, debiéndose resolver las discrepancias con el Juzgado “por vía de los recursos judiciales”. Como el Juzgado no ha invadido competencias del Consejo de Gobierno (pues éste no tenía nada que desclasificar por la propia naturaleza de las Actas) no hay pues conflicto. En este caso, parece que el TCJ ha sabido mantenerse en el ámbito de sus competencias sin entrar en funciones jurisdiccionales de control como ocurrió con la primera de las sentencias.

Es de hecho esta última la que delimita el ámbito correcto de actuación del TCJ haciendo una enumeración sucesiva de las distintas

fases a seguir en cuanto al reconocimiento de la competencia a favor de la Administración o los Tribunales, ejercicio de la competencia por parte del titular y posterior recurso judicial en su caso por el solicitante en el supuesto de que no se muestre de acuerdo con la resolución. Tomando como referencia al caso de los papeles del CESID, no duda en afirmar que,

“Finalmente cabe señalar que es en este último supuesto y **en cuanto el conflicto se resuelva en favor de la competencia** de la Administración, cuando la aportación de tales documentos al proceso **requerirá instar de la Administración** que, en ejercicio de su competencia, desclasifique los documentos o levante su carácter reservado, sin perjuicio del **posterior control jurisdiccional del acto** en el que se plasme la correspondiente resolución administrativa (es el caso de la sentencia de este Tribunal de Conflictos de 14 de diciembre de 1995 documentos del CESID- y la posterior del Pleno de la Sala Tercera de del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997)”.

No sin dejar aclarado antes que dentro del ámbito de las competencias del TCJ se incluyen,

“el control de **la regularidad del mismo [procedimiento de formalización del conflicto]**, con la posibilidad de **reposición de actuaciones** cuando se aprecien defectos que impidan su adecuada resolución, como se desprende del art. 17 de la citada Ley de Conflictos”.

, pudiendo tener como objeto,

“«tanto la llamada **«vindicatio potestatis»** como la **preservación de una competencia** propia, cuando la otra parte contendiente desconoce, menoscaba o interfiere el legítimo ejercicio de la atribuida, en su caso, al Órgano Jurisdiccional o a la Administración”, planteamiento que se refleja en la sentencia de 5 de marzo de 2007 (cft.5/2006), que cita las de 28 de junio, 2 y 7 de julio y 14 de diciembre de 1995, cuando señala que «aun sin reclamar el conocimiento del asunto que motiva la controversia, cabe que las Administraciones públicas promuevan un conflicto jurisdiccional en defensa de su esfera de competencia»”.

Concluimos que cuando no existe materia reservada (por su propia naturaleza –como las Actas de los Consejos de Gobierno o del Consejo de Ministros–) o cuando la clasificación es incorrecta o ilegal, no se ajusta al procedimiento o bien no se exige expresamente la desclasificación por parte de la LSO si la solicitud procede de un Juez, no parece que sea esta jurisdicción la competente para resolver los posibles conflictos en la materia. Así, la STCJ. de 20 de septiembre de 2011 citada en segundo lugar deja dicho que,

“**no basta con la invocación del carácter secreto, reservado o confidencial** del documento sino que, en primer lugar, es preciso que efectivamente se trate de documentos a los que la norma atribuya dicho carácter y, en segundo lugar, **es necesario hacer valer**, por parte de la Administración que rechaza la aportación solicitada, **la titularidad de la competencia** para decidir respecto de dicha reserva o confidencialidad, pues, como expresa con toda claridad la citada sentencia de este Tribunal de 5 de marzo de 2007, “una cosa es ser titular de un derecho o de un deber y otra tener atribuida una competencia”.

Dicho con otras palabras, si una competencia no se exige por el ordenamiento jurídico para alcanzar un determinado fin, no hay conflicto competencial que valga.

3.4.- Tribunales penales.

Para el Magistrado PECES MORATE en el voto particular de la STS. de 4 de abril de 1997, es la jurisdicción penal la que se debe encargar de ponderar los intereses en juego, al afirmar en el FJ Quinto que,

“En cuanto al método utilizado, me parece que, lógica y jurídicamente, es la jurisdicción penal la única que puede apreciar **la relevancia** que cada uno de los documentos pueda tener como prueba en el proceso penal, y, por lo que respecta a la seguridad del Estado, su significado no es ni más ni menos asequible a los Jueces y Tribunales del orden penal que a los del contencioso-administrativo, mientras que **el juicio de ponderación** entre este interés y el derivado del proceso penal nadie lo puede fijar con mayor certeza que la propia jurisdicción penal, la cual habrá de resolver definitivamente el conflicto de intereses ante ella planteado”.

Así lo reconoce la propia sentencia, que admite competencias al tribunal penal en la valoración de la prueba (“juicio de pertinencia”) y de la ponderación de intereses (“juicio de relevancia constitucional”), al afirmar en su FJ. Octavo que,

“...disponiendo el artículo 303 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que la formación del sumario corresponderá a los Jueces de Instrucción y el 311 que el Juez que instruya el Sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas, si no las considera inútiles o perjudiciales, el **juicio sobre la relevancia** de los documentos como medios adecuados e idóneos para la investigación sumarial debe entenderse que, en principio, es una competencia exclusiva del Juez de Instrucción, aunque sometida en este caso al régimen de «exposición razonada» fundada en el artículo 187 de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal e impuesta por la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 diciembre 1995 (RJ 1995\10064), lo que a su vez determina que estas razones entren en el ámbito de la motivación en que se puede fundamentar el acto denegatorio de la desclasificación”.

Discrepante es el voto particular del magistrado XIOL RÍOS, en cuyo FJ. Décimo de su voto particular, es la jurisdicción contenciosa la que debe realizar no solo el juicio de ponderación sino también el juicio definitivo de relevancia si se trata de litigios en torno a la protección de derechos fundamentales. Así,

“Parece, pues, que el definitivo **juicio sobre la relevancia de la prueba**, cuando de un proceso de protección de los derechos fundamentales se trata, debe corresponder al órgano jurisdiccional a quien se confía la labor de tutela, pues va inseparablemente ligado a ésta....la decisión del Juez penal sólo es imprescindible en cuanto comporta la decisión de incorporar los documentos a la causa, pero no en cuanto a la determinación de la mayor o menor relevancia probatoria de éstos que sólo en el plenario quedará definitivamente establecida; y, por otra parte, no condiciona directamente el contenido de la decisión de la Sala, ya desde el momento en que el objeto sobre el que proyecta su decisión no ha podido serle conocido, como a nosotros, en todos sus aspectos. El Tribunal Constitucional, por su parte, con algunas vacilaciones de matiz, ha admitido que una jurisdicción pueda discrepar motivadamente de lo resuelto por otra, salvo cuando se trata de hechos fijados definitivamente en el ejercicio de su propia competencia, cosa que no ocurre en el caso examinado”.

En este sentido también se han manifestado autoras como OTERO GONZÁLEZ O LOZANO CUTANDA, que consideran inevitable la intromisión de la jurisdicción contencioso –administrativa en el ámbito de competencias penales cuando se trate de un proceso de revisión de materias clasificadas y de si éstas se corresponden con la afectación a la seguridad del Estado, además de la valoración de la posible vulneración de derechos fundamentales, pues esta tarea conlleva de suyo la valoración de los elementos probatorios solicitados por la jurisdicción penal.

Entendemos que lo que ocurre en este caso es que los mismos documentos son objeto de una doble valoración cada una de ellas en el ámbito de sus respectivas competencias sin que se produzca violación del régimen de competencias. La valoración en vía contenciosa será a efectos de su relevancia constitucional en la violación de derechos fundamentales y la corrección jurídica administrativa de la clasificación ponderando los bienes jurídicos. La del juzgado penal se realizará desde la perspectiva de valorar la comisión de algún delito tipificado en las normas penales y el juicio de pertinencia de la prueba a efectos penales en la demostración del ilícito. Lo que ocurre, es que resulta difícil pensar en algún supuesto en que siendo trascendente la prueba para demostrar la comisión de algún delito, no lo sea igualmente desde el punto de vista constitucional en cuanto que su no aportación en el proceso pueda no generar indefensión. Otra cosa bien distinta será que, el Tribunal contencioso-administrativo, aun siendo consciente de dicha indefensión, la considere de menor “trascendencia” que los posibles perjuicios que se pudieran causar en otros bienes y valores constitucionales por la aportación de las citadas pruebas al proceso penal una vez realizada la ponderación de bienes o derechos constitucionales en juego.

3.5.- El desideratum de una Sala “ad hoc” cuya actuación se fundamente en el modelo de la inspección “in camera” norteamericana. Los precedentes en España: La Sala del art. 61 LOPJ y El Magistrado del Tribunal Supremo en la Ley Orgánica 2/2002, Reguladora del Control Judicial Previo del CNI.

Al igual que en su momento poníamos de manifiesto la falta de una Comisión de Investigación especializada en materia de secretos de Estado, también consideramos necesario destacar esta laguna respecto a la existencia de un órgano jurisdiccional con estas competencias. A pesar de que ya se vio que la doctrina no es ni mucho menos pacífica en cuanto a la solución de este asunto, consideramos que para su posible solución, la Sala de Gobierno del propio Tribunal Supremo en el ejercicio de las competencias que le atribuye el art. 152 LOPJ podría ampliar la estructura de alguna de las Salas incluyendo nuevas Secciones dentro de cada Sala o una Sección en la Sala de lo contencioso –

administrativo que se especializase en materia de secretos de Estado u oficiales. Asimismo, también se podría proceder a la reforma de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, introduciendo una nueva Sala que conociese de estas materias (tal y como se hizo mediante la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos) o mediante la creación de un nuevo magistrado de la Sala Segunda de lo Penal o Tercera de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo competente elegido por el propio Tribunal Supremo (tal y como hizo en su día la Ley Orgánica 2/2002, Reguladora del Control Judicial Previo del CNI)³¹⁴. Haremos a continuación una breve reseña de ambas Leyes a modo ejemplificativo.

- a. La Sala del art. 61 LOPJ, encargada de los procesos de declaración de ilegalidad y consecuente disolución de los partidos políticos. Así lo ratifica la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos en su art. 10.5 al disponer que,

“Los supuestos previstos en los párrafos b) y c) del apartado 2 de este artículo serán resueltos por la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de acuerdo con el

³¹⁴ No obstante, somos más partidarios de la creación de un órgano colegiado que garantice la imparcialidad, la independencia y la pluralidad en la adopción de decisiones contrastadas. El control por un solo juez con carácter previo puede resultar insuficiente a los efectos de proteger la tutela judicial efectiva con las suficientes garantías. Así lo ha puesto de manifiesto REVENGA SÁNCHEZ, M. en “Servicios de Inteligencia. La ley imprescindible”, CLAVES DE LA RAZÓN PRÁCTICA, núm. 110, marzo de 2001 en lo que ha venido en llamar como la “falsa panacea” del control judicial previo, al destacar, por un lado, lo chocante del hecho de que “sea un solo juez, siempre el mismo, un magistrado del Tribunal Supremo(...). No hace falta ser demasiado receloso para aventurar que un sistema de control de esas características (órgano unipersonal y larga permanencia en el desempeño de la función) propende a generar cierta simbiosis entre controlador y controlado que puede comprometer, a la larga, la efectividad del control”. Por otro lado, denuncia la circunstancia de que el control sólo se reconozca expresamente *a priori*, declarando el carácter de secreto de las actuaciones del Juez en el artículo único. 2 de la L.O. 2/2002, lo que, según su criterio, no resulta “compatible con la posible tutela judicial posterior. Y ello por no hablar de los problemas formales que se derivan de la clasificación como secretas de las propias resoluciones”. Parece pues que esta Ley vuelve a adolecer del mismo defecto que la Ley de Secretos Oficiales, al no prever expresamente un cauce judicial al que el afectado pueda acudir para defender sus derechos, lo cual obliga, como hemos argumentado, a su reconocimiento vía interpretativa del texto constitucional vigente y de Leyes posteriores a la propia de secretos oficiales.

procedimiento establecido en el artículo siguiente de la presente Ley Orgánica, que tendrá carácter preferente”.

- b. El Magistrado del Tribunal Supremo en la Ley Orgánica 2/2002, Reguladora del Control Judicial Previo del CNI, competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución. El propio art. 12 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia prevé que,

“el control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia se llevará a cabo en la forma prevista en la Ley Orgánica reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, complementaria de la presente Ley”.

A su vez, en la Disposición Adicional única de la Ley Orgánica 2/2002, se hace mención a que la competencia para ese control será de un magistrado elegido por el Pleno del Tribunal Supremo a propuesta del Consejo General del Poder Judicial de entre los existentes en la Sala Segunda de lo Penal o Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que cuenten con tres años de servicios en la categoría, por un período de cinco años.

Además de la singularidad orgánica en el control judicial de estas cuestiones, nos parece interesante a la hora de hacer su extrapolación al ámbito de las materias clasificadas, el hecho de que aquél tenga un carácter apriorístico que resultaría de lo más conveniente para poder facilitar la documentación clasificada al Juez solicitante o instructor, una vez que se haya revisado si efectivamente la clasificación responde a los fines constitucionales para los que aquélla se ha previsto, haya ponderado los bienes y derechos en juego y no se haya detectado ninguna irregularidad en los aspectos reglados del acto. Se trataría de esta forma de aplicar el modelo de control *in camera* norteamericano, si bien, como ya se dejó dicho, su aplicación encontraría como principal inconveniente la necesidad de proceder a una reforma de la legislación procesal ya que el mismo no se encuentra previsto en nuestro ordenamiento jurídico vigente, al menos de una manera explícita, pues de manera indirecta ya hemos visto que existen manifestaciones que presentan cierta similitud con este tipo de inspección.

CONCLUSIONES

Conviene ahora desgranar resumidamente los puntos que se han tratado de defender de forma múltiple con la presente tesis:

1.- Conceptualmente, hemos entendido que es preferible la denominación de “secretos de Estado” a la de “secretos oficiales”, pues esta última puede ser interpretada de una forma más amplia en la que entran secretos correspondientes a otros poderes o Administraciones territoriales diferentes al Gobierno o el Parlamento Central atendiendo a razones diferentes a la protección de la seguridad del Estado y la defensa nacional. En base a ello, definimos como “secretos de Estado” aquellos que se establecen por interés **público** mediante los que determinadas **informaciones o documentos** se ocultan del conocimiento **de particulares, otros poderes u otros Estados**, bien por razón de la **materia con el correspondiente acto de clasificación o bien por Ley** a través de la decisión voluntaria y unilateral de los poderes públicos correspondientes—**Ejecutivo o Legislativo estatal**—, con el fin de preservar la **seguridad del Estado y la defensa nacional**, estando sometidos al **control permanente del Parlamento y, en determinados aspectos, al del Poder Judicial** (actos reglados o “jurídicamente asequibles”, derechos fundamentales, indemnizaciones y la investigación de los delitos - pues la mayoría de los casos en que se produce una vulneración de los derechos fundamentales en juego implica la comisión de determinados delitos-).

2.- El tipo de secreto de Estado español se configura entre un tipo de secreto legal-formal y material. En nuestro sistema existe una mezcla de **secreto formal**, que es aquel definido por una Ley (**Legal**) o por un acto de clasificación por las autoridades competentes con independencia de su contenido y otro **material**, al hacer alusión a un conjunto de materias susceptibles de secreto por su propio contenido. Del primero se colige que el secreto es solo aquello que se encuentra clasificado como tal por el Poder Legislativo o la autoridad competente con independencia de su contenido y de su conocimiento y difusión real o material y es el que se desprende de la LSO. En cuanto al segundo, es la materia (o su “naturaleza”) la que determina potencialmente el secreto (susceptible de clasificación) y es el que se ha reflejado en determinadas disposiciones del Gobierno como el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 (BOCG. de 6 de noviembre de 1987), posteriormente ampliado en febrero de 1996 y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2010, en los que se especifican de manera genérica o abstracta determinados asuntos y materias susceptibles de clasificación con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales

3.- En cuanto al **objeto** de protección con estos secretos, pensamos que está configurado tanto por el **Estado-aparato** como por el **Estado-comunidad**, pues son conceptos que, de suyo, van unidos dentro del **Estado-ordenamiento**. El Estado-comunidad, configurado por todos los españoles como comunidad política o Nación y el Estado-aparato, como Estado-Gobierno u organizaciones que ejercen desde las instituciones el poder supremo, constituyen a su vez el Estado-ordenamiento como persona jurídica unitaria que comprende diversos elementos (territorio, población, poder, derecho) y que actúa como tal en la esfera internacional. El daño del Estado-comunidad o del Estado-aparato redundaría por tanto en el Estado-ordenamiento, pues es éste el Estado que se pretende defender en la acepción que se indica en el artículo 1.1 CE. Lo que consideramos que queda excluida de la protección son la *exclusiva* seguridad del Gobierno y el partido político que lo sustenta. De ahí que lo que quede también fuera del ámbito de protección sea la categoría que se contempló en pretéritos códigos penales como “secretos políticos”. Siendo posible un “sacrificio” de algún derecho fundamental en favor del secreto que permita a su vez proteger la seguridad y la defensa, esta seguridad y defensa se debe corresponder con la del Estado-ordenamiento (tanto del Gobierno como de la comunidad y el Estado que aquél dirige), pues de lo contrario, ese “sacrificio” sería estéril o injustificado en lo que supondría la mera defensa del sostenimiento de un Gobierno o “aparato” en el poder que no redundaría en muchas ocasiones en el sostenimiento del propio Estado de derecho como estructura que permite el ejercicio de tales derechos en condiciones normales. De ahí que se sustentara en páginas anteriores que la defensa de ese Estado era injustificada y no “merecía la pena” a esos efectos.

De otra parte, sustentamos que el Estado soberano al que se defiende (junto con la comunidad que lo constituye) no se puede circunscribir solo a su faceta de **democrático**, sino que **abarca también otras cláusulas como su carácter social o de derecho** pues el **artículo 1.1 CE** define el Estado español en función de estas tres acepciones estructurales sin que pueda defenderse al Estado español sino es en una acción dirigida al mismo concebido en su integridad y no solo en función de alguna de aquéllas.

No podemos olvidar, por último, el hecho de que la defensa a ultranza de los derechos fundamentales y las libertades públicas, “el respeto a los derechos” tal y como propugna el art. 10 CE, son “fundamento para el orden público y la paz social”, por lo que con la defensa de esos derechos y libertades se puede conseguir el mismo fin que se pretende obtener con la Seguridad del Estado y la defensa nacional y que, al mismo tiempo, la defensa de la seguridad individual (ex. Art.17 CE) redundaría indefectiblemente en la seguridad de la Nación considerada ésta como el sumatorio de aquélla.

4.- Actualmente el riesgo de amenazas de unos Estados sobre otros está lejos de llegar a las tensiones que se originaron en el siglo XX con dos guerras mundiales y los conflictos provocados por la beligerancia Norte-Sur y Este-Oeste, en parte por la crisis que asola al concepto de Estado-Nación. Hoy en día estimamos que las posibles amenazas suelen ser más sutiles a través, por ejemplo, de operaciones de mercado, crisis financieras, boicots de diverso tipo o ataques informáticos y su origen no se ubica tanto en enfrentamientos entre Estados o los clásicos Estados-Nación a través de sus respectivos ejércitos, sino en fenómenos internacionales como el terrorismo, el blanqueo de dinero, la especulación financiera, etc. para los que los parámetros clásicos de los Estados soberanos y la protección y la seguridad nacional sustentada en la fuerza militar han quedado desfasados, pues por lo general las soluciones y medidas viene dictadas en la esfera internacional a través de Organizaciones y Tratados Internacionales e incluso Organizaciones no gubernamentales o lo que se ha venido en conocer recientemente como los “mercados”.

Tal como se ha puesto de manifiesto en la introducción, los problemas de seguridad se hacen pues globales y trascienden de esta manera la soberanía tradicional de los Estados, por lo que concluimos que se hace aún más difícil entender el término seguridad del Estado, y la compatibilidad de la adopción de decisiones unilaterales por parte de éstos, dándose la paradoja de que se encuentra a su vez dentro de organizaciones internacionales con competencias en la materia (OTAN, UEO, la PESC, etc.).

Vemos pues que si históricamente la regulación jurídica de los secretos se originaba en España en el ámbito de los Tratados y las relaciones Internacionales allá por los umbrales del siglo XIX para deslegitimarlos mediante la supresión de su poder derogatorio o la eliminación de su carácter vinculante en el espectro del derecho internacional, ahora se cierra el círculo en las postrimerías del siglo XX e inicios del siglo XXI, volviendo a recobrar fuerza el aspecto internacional, en este caso como fuente de nuevas amenazas y factor de innovadores objetivos en cuanto a la información susceptible de secreto. Se pasa pues de los **Tratados Internacionales secretos a la internacionalización del secreto**, fruto en buena medida de la crisis de soberanía de los Estados-Nación en su acepción tradicional.

Esta vinculación con el aspecto internacional nos resultará de suma importancia para justificar la posible aplicación *de lege ferenda* del régimen jurídico establecido en la Constitución para los Tratados Internacionales, especialmente en lo atinente a los aspectos competenciales para realizar la clasificación y desclasificación de documentos e informaciones, con un mayor protagonismo, en cualquier

caso, de las Cortes Generales que redunde en la democratización de las decisiones en este ámbito.

5.- Llegados a este punto, nos gustaría tratar otra cuestión en torno al concepto de secreto de Estado y es si se trata de un concepto jurídico o político. En principio, consideramos el mismo como un concepto jurídico (al estar incluido y regulado en la Constitución y las Leyes) que tiene su razón de ser u origen en una decisión del Gobierno o las Cortes cual es la decisión de clasificar o no una determinada documentación o información. Para ser más precisos en su concepción, deberíamos definirlo como un **concepto jurídico indeterminado con un origen en una decisión discrecional del Gobierno o las Cortes**, pues es inevitable que, al venir vinculada su existencia con la de la seguridad del Estado, éste último le transmita al término del que trae causa esta condición imprecisa susceptible de interpretaciones diversas.

De ello se derivarían consecuencias importantes ya que, de un lado, permitiría su **control** al igual que se admiten los controles propios de este tipo de actos emanados de otro ámbito perteneciente al Ejecutivo como es la Administración. De otro, que los controles serán los propios de una de las formas de **discrecionalidad como es la interpretativa** que permite interpretar un concepto de diferentes maneras al no estar su objeto perfectamente definido o delimitado de manera suficiente, bien sea por falta de regulación legal, bien por su propia naturaleza que haga de él una realidad inabarcable apriorísticamente.

6.- La **competencia para la clasificación y desclasificación de documentos por razones de protección de la seguridad del Estado o la defensa nacional corresponde al Gobierno del Estado y no al de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales**, atendiendo al reparto constitucional de competencias, especialmente por el vínculo de estas tareas con las relaciones internacionales y la política exterior. Hemos considerado que la intervención corresponde al Estado concebido como una unidad territorial, esto es, al Gobierno Central, de manera que la actuación permita una acción coherente con la finalidad que se pretende conseguir que no es otra que el mantenimiento del Estado democrático y sus instituciones, así como la permanencia del orden constitucional. En nada se opone con la circunstancia puntual de que las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales puedan dictar “actos de Gobierno” no sometidos a derecho administrativo que puedan ser objeto de clasificación o reserva, pues ésta no vendrá propiciada por razones de seguridad o defensa, sino por ser cuestiones que así se prevén en el artículo 37.5.a) LRJPAC, es decir propias de su gestión política, fuera del ámbito de la LSO, por ser esta última una Ley que entendemos referida a la seguridad y defensa del Estado concebido éste en su integridad y, por ende, como competencia del Gobierno Central. De ahí que se defendiera en el punto primero la conveniencia de haber

denominado a los secretos como “secretos de Estado” en detrimento de la denominación “secretos oficiales” que puede inducir a una interpretación confusa por ser mayor la amplitud interpretativa del término en el sentido de entender incluidas en el mismo otras instancias distintas a la puramente central.

En cuanto a la posibilidad de que una Comunidad Autónoma clasifique una materia por Ley por el hecho de disponer de la potestad legislativa, interpretamos que aunque formalmente sería posible, pues la Ley podría ser aprobada en el ejercicio legítimo de dicha potestad, lo estaría haciendo sin embargo en un ámbito competencial que correspondería a la Administración del Estado. La Seguridad en este ámbito la entenderíamos como la referida a la del Estado y no a la de cada Comunidad Autónoma o Entidad Local (no existe mención en nuestro ordenamiento a los conceptos de “seguridad de las Comunidades Autónomas” o “seguridad local” ni tampoco a la “defensa autonómica” o “defensa local” como justificantes de la actividad clasificatoria o desclasificatoria). Asimismo, de un análisis de distintas Leyes de Presupuestos de las Comunidades Autónomas, como una de las manifestaciones de su capacidad legislativa, no aparece mención alguna a los fondos reservados a los que se aluden en el artículo 1 de la Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los Créditos destinados a Gastos Reservados, ya que aquéllos se definen como los que “se consignen como tales en las Leyes de Presupuestos Generales del *Estado*” y que precisamente se destinan a sufragar los gastos que se estimen necesarios para la defensa y seguridad del Estado. Parece ser, por tanto, que si no existen partidas presupuestarias autonómicas para este fin es que no se contempla como propio de las competencias autonómicas.

Por otra parte, respecto a la cuestión de que a las Comunidades Autónomas tengan competencias en materia de policía no condiciona la interpretación dada a la seguridad y defensa estatal y la titularidad de la competencia, pues el espíritu con que entendemos debe interpretarse es bajo el prisma del auxilio mutuo y la coordinación, colaboración y cooperación entre los Cuerpos y Fuerzas de seguridad o entre éstos y las Fuerzas Armadas en el mantenimiento del orden público y la seguridad ciudadana, distintas del concepto de seguridad del Estado aunque estrechamente relacionados. Así se reconoce en los artículos 45, 49, 50 y 51 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a lo que contribuyen el Consejo de Política de Seguridad (para las Comunidades que no tengan cuerpos de policía propios) y las Juntas de Seguridad (para aquellas que sí los tengan).

Lo mismo ocurre con los Cuerpos de Policía Local, que al amparo del artículo 54 de la citada Ley Orgánica deberán colaborar con

los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado según las formas y procedimientos aprobados en la Junta Local de Seguridad.

También descartamos el ejercicio de funciones de inteligencia por parte de estas policías en lo que al ámbito de orden constitucional, integridad territorial y soberanía popular respecta, aunque sea admisible en el ámbito estricto de la seguridad ciudadana, el orden público y la delincuencia.

Además, y en cuanto a la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas, también sería reseñable la hipotética creación de unos Servicios de Inteligencia propios. Ello se descarta debido a que, en principio, los Servicios de Inteligencia se crean para la defensa de la Constitución y ésta es competencia del Tribunal Constitucional, debiendo el resto de poderes públicos acatar la Constitución, lo que implica un deber de lealtad o acatamiento pasivo de la misma pero no les confiere una potestad (y mucho menos exclusiva) para su defensa. En cualquier caso, se podría considerar su creación para la defensa de sus Estatutos de Autonomía propios pero éstos, a su vez, son parte integrante del ordenamiento jurídico del Estado y, a la sazón, normas estatales, por su carácter de Ley Orgánica, siendo el Estado quien ampara, controla y defiende los Estatutos.

De esta manera, las Comunidades Autónomas no clasificarán actos o documentos como “reservados” o “secretos”. Se limitarán a excluir del conocimiento parlamentario, judicial o de los ciudadanos en general aquellos que por su contenido político o de oportunidad, se consideren no susceptibles de ser conocidos o enjuiciados por aquéllos por razones de diversa índole, no incluyéndose entre éstas las que afecten a la seguridad o defensa del Estado. No obstante, estas últimas también se excluirán del conocimiento por parte de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales, pero bien porque exista previamente una clasificación realizada por el Estado a nivel Central (Consejo de Ministros o JUJEM) o porque los funcionarios autonómicos o locales, considerando que puede afectar a la citada seguridad del Estado o la defensa nacional, lo pongan en conocimiento de instancias estatales (Consejo de Ministros o JUJEM) para que sean ellas las que decidan al respecto.

7.- Se ha considerado importante destacar, aunque sea de forma breve, cuáles sean las actuaciones “públicas” que de manera más frecuente pueden poner en peligro el secreto “privado” o por interés privado cuando el fin sea el mantenimiento de la seguridad del Estado y la defensa nacional. Y es en este punto donde se hace inevitable la mención a los Servicios de Inteligencia y sus actuaciones respecto a los particulares. En España, su actuación aparece regulada en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia

y, la que más interesa a los efectos, en la ya mencionada Ley Orgánica 2/2002, reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia que la complementa.

Como establece el Preámbulo de la última Ley citada, ésta tiene como misión “establecer un control judicial de las actividades del citado Centro que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución española”. No obstante y a pesar de ello, estimamos que son otros muchos los derechos de la esfera privada de los ciudadanos que pueden resultar afectados por la actuación de los poderes públicos, y en el ámbito de este trabajo, por la actuación del CNI.

Así, destacamos como posibles derechos vulnerados por la actuación “intromisiva” de los poderes públicos el **derecho a la vida y la integridad física y moral del artículo 15 CE**, el **derecho a la libertad ideológica o religiosa del art. 16**, el **derecho a la libertad personal del artículo 17 CE**, el **derecho a la intimidad, el honor y la propia imagen particular y familiar del artículo 18.1**, la **inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE**, el **secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE**, el **derecho a la autodeterminación informativa con relación al uso de la informática del artículo 18.4 CE**, la **libertad deambulatoria del artículo 19 CE**, el **secreto profesional del artículo 20.1.d) CE** (referido a los periodistas), así como el **secreto en otras profesiones del artículo 24.2 CE**.

Hemos querido distinguirlos, a su vez, de aquellos que pueden resultar afectados cuando es el propio Estado, a través de su Gobierno, el que, en una actitud “defensiva”, se muestra reacio a suministrar información a instancias o por intervención de los particulares y entre los que hemos considerado el **derecho a informar y recibir información de los artículos 20.1.a) y d) CE**, el **derecho a participar en los asuntos públicos y de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del art. 23 CE**, el **derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE** y el **derecho de acceso a los archivos y registros del artículo 105.b) CE**, si bien éste último no podría ser considerado en puridad como un derecho fundamental sino es en una interpretación extensiva, instrumental o por conexión del mismo en relación con el derecho del artículo 20.1.d) CE.

8.- La delimitación de las **materias objeto de clasificación** se nos muestra como un aspecto esencial pues constituye el fundamento que nos permita, por un lado, aplicar las técnicas de control sobre las mismas en forma de elementos reglados o conceptos judicialmente asequibles y, por otro, su ponderación con otros valores y bienes constitucionales. Si no conocemos estas materias *a priori*, difícilmente se podrá ejercitar la clasificación o, al menos, la realizada por la

“naturaleza” de aquéllas, así como el correspondiente control, pues éstos estarán carentes de objeto, siendo mayor la inseguridad jurídica. Ahora bien, cabría también preguntarse si toda materia susceptible de clasificación merece efectivamente tal clasificación y si por el mero hecho de ser incluida en una lista tasada queda como tal automática e incondicionalmente excluida de cualquier control. Estas materias coinciden además, y al mismo tiempo, con el fin (elemento teleológico) al que debe responder toda actividad clasificatoria o desclasificatoria. Deben por tanto concurrir dos premisas: que se trate de materias relacionadas con la seguridad del Estado y la defensa nacional y que, al mismo tiempo, su descubrimiento pueda dañar o ponga en riesgo efectivo a aquéllos bienes constitucionales, siendo el fin del secreto su protección.

Particularmente, ya hemos argumentado que tanto la seguridad del Estado como la defensa nacional se tratan de dos bienes jurídicos diferentes y que basta que el asunto o la documentación estén relacionados con alguno de ellos para justificar la clasificación, sin que tenga que afectar a los dos bienes simultáneamente. Esa diferencia queda constatada en función de la distinta regulación jurídica y del contenido diferente que albergan ambos bienes a pesar de que en la Constitución aparezcan mencionados conjuntamente.

Asimismo, hemos postulado que si la actividad de defensa es reactiva ante una amenaza o agresión tanto interna como externa, la seguridad se muestra como un factor meramente preventivo de ese ataque o agresión, aunque una vez que se haya perdido ésta, pueda provocar también actuaciones reactivas o represivas dependiendo de la gravedad que adquieran los acontecimientos. La naturaleza a la que responden ambos términos es, pues, eminentemente diferente, pudiendo la diferencia responder a una cuestión de matiz fundamentada en la gravedad que alcancen los desórdenes.

De otro lado, sostenemos que las competencias en torno a las mismas no están asignadas a los mismos órganos, ya que si la defensa está atribuida con carácter general al Presidente del Gobierno, al Ministerio de Defensa y al Consejo de Defensa nacional en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre de la Defensa nacional (ex. arts. 6, 7 y 8) con las Fuerzas Armadas como instrumento para llevarla a cabo (aunque puntualmente puedan contar con el apoyo de la Policía o la Protección Civil), la seguridad del Estado –en la que se incluye, como ya vimos, la ciudadana– aparece vinculada inexorablemente al Ministerio de Interior mediante las Fuerzas y Cuerpo de Seguridad del Estado, según lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana (aunque puedan contar también con la colaboración excepcional de las Fuerzas Armadas).

Además, si veíamos que la defensa nacional y la seguridad del Estado aparecían en la Constitución mencionadas conjuntamente en el artículo 105.b) CE, sin embargo y circunstancialmente, los medios o instrumentos con los que se lleven a cabo, esto es, las Fuerzas Armadas y los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad aparecen mencionadas en la Constitución por separado en los artículos 8 y 104 respectivamente con una remisión expresa a sus respectivas Leyes Orgánicas de regulación.

Una última diferencia radicaría en la regulación jurídica. Mientras la Defensa cuenta con innumerables normas sobre la materia y aparece bien definida jurídicamente como la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin, la seguridad es, de suyo, un concepto cambiante por las circunstancias que la ponen en riesgo y, por consiguiente, puede considerarse realmente como el concepto jurídico indeterminado, si bien la apreciación de la afectación de uno y otro término sea igual de interpretable. A diferencia de la defensa, no existe una normativa especial dirigida a la regulación del concepto “seguridad del Estado” y el mismo solo aparece mencionado como el elemento adjetivo o adicional de distintos ámbitos en los que se manifiestan los desórdenes, pudiendo determinar, llegados a un extremo, la activación de la defensa o de la actividad clasificatoria.

En nuestra opinión, se trata de un término excesivamente amplio o general que puede condicionar multitud de actuaciones públicas, pues la seguridad, de suyo, y los factores que la ponen en riesgo son cambiantes e incluso imprevisibles o desconocidos. Lo que ayer era inseguro hoy puede no serlo y viceversa, existiendo factores o circunstancias que, a pesar de su apariencia inofensiva, pueden suponer un riesgo considerable para nuestra seguridad. La seguridad plena es, por tanto, imposible e indiscernible, tanto por la aleatoriedad como por la imprevisibilidad de los factores que la ponen en riesgo. En nuestra opinión, el mantenimiento de la seguridad ciudadana y el orden público son factores que, de una manera más o menos directa, no dejan de redundar en la seguridad del Estado e incluso en la activación de los medios de defensa nacional en aquellos casos en que los altercados y desórdenes alcancen unas elevadas dimensiones, por lo que son conceptos estrechamente relacionados como dos caras de la misma moneda sobre los que se antoja excesivamente difícil hacer una separación conceptual tajante. Para acercarnos de manera más precisa al concepto, hemos propuesto el seguimiento de la línea marcada por el art. 1 LOSC en donde ésta se vincula a los ámbitos de la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades, la garantía de la seguridad ciudadana, la creación y el mantenimiento de las condiciones adecuadas

a tal efecto, y la remoción de los obstáculos que lo impidan, sin perjuicio de las facultades y deberes de otros poderes públicos comprendiendo el ejercicio de potestades administrativas, con la finalidad de asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como la de prevenir la comisión de delitos y faltas. Asimismo, nos hemos acercado a la solución jurisprudencial que define el delito contra la seguridad del Estado como todo aquel que “atente contra las altas instituciones u órganos del sistema político español o contra las personas que lo encarnan, entre otros, los que comprometen la paz o la independencia del Estado, algunos de los relativos a la defensa nacional o de los que atentan contra la comunidad internacional, los de rebelión o sedición o contra la Corona u otras instituciones del Estado, incluso los de pertenencia o dirección de banda armada. También como todo aquello atinente a la permanencia del orden constitucional, entendido éste como un todo regulador y definidor de las sustanciales formas políticas y jurídicas de convivencia ciudadana en el ámbito nacional español”.

Al mismo tiempo, se ha sostenido que, además de la posible delimitación de la materia de la seguridad del Estado y la defensa a través de la jurisprudencia, se puede admitir que la clasificación se determine en función del precedente fáctico o actividad previa que haya demostrado con creces ser fuente de daños efectivos y atentados contra la seguridad y la defensa, tal y como se expresa en la jurisprudencia, “utilizando como uno de sus medios la violencia contra la vida e integridad física de las personas e ignorando el sistema específico de reforma regulado en el Título X de la propia Constitución”. Por tanto, ya no será una materia que supone un mero o hipotético riesgo contra la seguridad, porque está plenamente constatado que ese riesgo se ha franqueado con creces y que, por actuaciones o experiencias anteriores con identidad de sujetos, hechos y fundamento, se puede considerar como una auténtica amenaza productora de daños, lo que legitimará en última instancia la citada clasificación.

Por tanto, y antes de proceder a la clasificación o no desclasificación de una materia, habrá que preguntarse si existen precedentes en los que la publicación de información sobre determinados aspectos de la misma produjo daños o consecuencias negativas para la paz, la independencia o la integridad territorial del Estado, así como contra su orden constitucional. De esta manera, se podrá tomar una decisión justa fundada en auténticas amenazas y siempre que no se trate de encubrir presuntas actividades delictivas por parte de las propias autoridades del Estado, en cuyo caso habrá que dar publicidad al asunto con independencia de cuál sean esas amenazas o daños.

De esta forma, no queremos dejar escapar la ocasión para recordar (lo que consideramos más importante) que la afectación de la seguridad del Estado y la defensa nacional, para que justifique la clasificación y su consiguiente exclusión inicial del control judicial, debe ser *real y efectiva* y no una mera hipótesis o posibilidad que es lo que parece trascender de la actual legislación, al justificar el art. 2 LSO la actividad clasificatoria o no desclasificatoria por el mero hecho de que la publicidad “pueda dañar o poner en riesgo” la seguridad del Estado y la defensa nacional y no que los afecte de manera ostensible y evidente, tal y como exige por ejemplo la doctrina norteamericana mediante la exigencia de un peligro claro e inminente (*clear and present danger*). En caso de que se aprecie esta circunstancia, es lo que legitima al Consejo de Ministros o a la JUJEM para proceder mediante un acto expreso a la actividad clasificatoria de un asunto como reservada o secreta por la propia naturaleza del mismo, lo cual se diferencia de la clasificación por Ley que realiza el Legislativo en la que no es necesaria esa actividad clasificatoria previa, pues la clasificación, o de manera más precisa, la “calificación” de un asunto como secreto, ya se ha hecho por Ley.

No obstante, lo que hemos querido subrayar es que lo verdaderamente importante para decidir la clasificación o desclasificación no estriba tanto en apreciar si las materias o asuntos se encuentran englobados o relacionados con la defensa nacional (tanto en sus versiones civil como militar) o en la seguridad del Estado, sino en si suponen una amenaza real y efectiva (*clear and present danger*) para ambos, más allá del riesgo potencial o hipotético que dispone la legislación al prever la mera posibilidad de que afecte a estos valores. No en vano, se ha constatado la posible inconstitucionalidad de la Ley de Secretos Oficiales por la contradicción entre la exigencia de afectación efectiva hecha en el art. 105.b) CE y la hipotética o potencial del art. 2 LSO. En cualquier caso, también se ha planteado como alternativa a la exigencia del daño efectivo a la seguridad del Estado y la defensa nacional, el hecho de que el riesgo inminente, cierto y grave, se exija respecto a la seguridad, dada su naturaleza preventiva, mientras que el daño efectivo y cierto, se produzca respecto a la defensa en cuanto actividad de naturaleza reactiva, una vez que la agresión se ha consumado.

9.- Sin embargo, la clasificación del Gobierno por “naturaleza”, atendiendo a la materia, no es la única manera en que se puede proceder a la mencionada exclusión del acceso sobre determinadas materias, pues existe otra vía distinta en el que el protagonismo lo adquieren las **Cortes**, ya que son éstas las que, a través de una **Ley**, se encargan de proceder a la citada exclusión, sin necesidad de que la materia sea clasificada expresamente con carácter previo.

A diferencia de la “clasificación” practicada por el Consejo de Ministros, en el que se debía proceder a la apreciación de un riesgo o daño efectivo, parece que en este caso, la apreciación se realizará por las Cortes (es decir, por los representantes de la Nación) y de cuyo resultado se derivará también una clasificación, si bien en este caso especial, pues se entiende como aquella que realiza una Ley y no como el acto material (al que alude el art.1.1 LSO) que plasma la posibilidad legal de la misma. Por ello, también se ha mantenido que esta versión clasificatoria sí puede representar verdaderamente un acto político pues se equipara con el de la iniciativa legislativa. Las Cortes Generales (a través de iniciativa propia o a instancia del Gobierno) estarán ejerciendo una de las actividades que tradicional y jurisprudencialmente ha sido tratada como acto político por excelencia cual es la iniciativa legislativa. En puridad, por tanto, entendemos que más que un acto de clasificación, lo que **las Cortes llevan a cabo es una “calificación” de una materia como secreta, quedando reservado al Gobierno o la JUJEM el acto de “clasificación” de una materia en este caso tanto reservada como secreta** según los términos de los artículos 1.1, 10 LSO y 11 RSO.

En cualquier caso, nos parece que la “clasificación” legislativa cobraría una mayor legitimidad al ser respaldada por el conjunto de los representantes de la Nación y no por una parte minoritaria de la misma configurada por el Gobierno. Así parece desprenderse de la propia legislación de secretos vigente en la actualidad en la que la “calificación” por Ley solamente se contempla para las materias de más importancia o trascendencia y que por ello deben ser catalogadas como “secretas”.

De otra parte, no podemos tampoco olvidar el hecho de que la plasmación jurídica de dicha decisión, como ya se ha dicho, toma forma de Ley que, a diferencia de la decisión del Consejo de Ministros, dará lugar al correspondiente Real Decreto, Acuerdo, etc., lo cual hace que su posible control por los Tribunales sea en cierta forma más sencilla, pues parece que éstos ya no tendrían que entrar a conocer el juicio de valor sobre el riesgo en la defensa nacional o la seguridad del Estado, sino simplemente si la “clasificación” se ha previsto o no por Ley (y sin que ello suponga la imposibilidad de que el Juez pueda poner en duda la constitucionalidad de la citada Ley o de que la clasificación no se ha realizado con la finalidad prevista por la Constitución, debiendo elevar en ese caso la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad).

En esta línea, también se ha mantenido que los actos de clasificación o desclasificación deberían adoptar, en última instancia, la forma de norma con rango de Ley, ya que la limitación del contenido esencial de los derechos así debe hacerse. El art. 53.2 CE así parece exigirlo y no podemos olvidar que la clasificación de información siempre supondrá cuanto menos la limitación del derecho contemplado

en el art. 20.1.d) CE (derecho a recibir información), además de otros que ya se han mencionado anteriormente.

No parece sin embargo que el legislador haya optado por esta vía (quizás por excesiva e inoperante), permitiendo en la Ley de Secretos Oficiales la posibilidad de que a través de una mero Acuerdo del Consejo de Ministros o de una resolución administrativa de la JUJEM se puedan limitar derechos fundamentales como los citados. Este hecho, junto con la polémica suscitada en torno a la posibilidad o no de someter estas decisiones al control judicial, nos ha obligado a plantear de nuevo una posible reflexión en cuanto a la constitucionalidad de la propia Ley de Secretos Oficiales, no ya tanto por el hecho de posibilitar la limitación de los derechos fundamentales de manera puntual por parte del Gobierno, especialmente en cuanto a la restricción de la publicidad de la acción estatal para preservar la existencia misma del Estado, sino en cuanto a la manera de hacerlo. El Gobierno podría también limitar los derechos pero la Ley de Secretos Oficiales debería haber especificado que los actos clasificatorios como limitadores de derechos fundamentales, al menos en lo que a su contenido esencial se refiere, deberían haberse hecho mediante normas con rango de Ley a través de la iniciativa legislativa recogida en los arts. 86, 87 y 88 CE. En ese caso sí que los actos clasificatorios y desclasificatorios adquirirán el carácter político que ahora consideramos que no tienen y con el que se les quiere calificar, ya que su origen sería siempre un acto típico de esta naturaleza como es la iniciativa legislativa, gozando la decisión además de una mayor legitimidad democrática. Este carácter político no se ha querido descartar en absoluto como algo inadmisibles *a priori* porque lo que se ha combatido o estigmatizado es dicha naturaleza con el régimen jurídico actual especialmente como pretexto para excluir del control judicial a los actos clasificatorios y desclasificatorios, cuando además, siendo el Poder Legislativo el que realizara estos actos, también sería susceptible de dicho control pues cualquier denegación de la misma debería estar justificada en alguna causa admisible en derecho.

De otra parte, se ha aportado como solución intermedia, el haber dejado la clasificación de materias en reservadas al Gobierno, mientras que la clasificación o “calificación” de materias como secretas correspondería únicamente a las Cortes Generales, dada la trascendencia e importancia de la clasificación en secreto frente a la meramente reservada, que por su menor importancia, quedaría circunscrita al ámbito de decisión del Ejecutivo, considerando especialmente la limitación de derechos fundamentales que la clasificación pueda comportar. Por esa limitación se aporta como hipótesis inicial la posibilidad de que los secretos de Estado solamente fueran posibles una vez declarados alguno de los estados excepcionales permitidos en el art. 55 CE y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. No obstante, y por su carácter excesivo, se acaba proponiendo,

dada la similitud de causas y consecuencias entre el secreto y los estados excepcionales, la regulación prevista de dichos estados contemplados en el art. 116 CE para la actividad clasificatoria del Estado, en cuanto que se va atribuyendo la competencia atendiendo a la gravedad de los estados a declarar por la mayor o menor limitación de derechos fundamentales que pueden comportar, de manera que el estado de alarma será declarado unilateralmente por el Consejo de Ministros, el estado de excepción por el Consejo de Ministros previa autorización del Congreso de los Diputados y el estado de sitio será declarado por este último por mayoría absoluta a propuesta del Gobierno. De esta manera, se plantea *de lege ferenda* la posibilidad de que el Gobierno clasifique las materias que ponen en riesgo la seguridad como “reservadas” previa autorización del Congreso y que éste último sea el que declare como “secreto” las materias o asuntos que supongan una agresión a la defensa con una propuesta previa del Gobierno.

En esta línea, en la que se ha querido dar un mayor protagonismo a las Cortes Generales en la actividad clasificatoria (aunque sea a través de autorizaciones o información previa de la misma al Congreso), también se considera admisible, dada la estrecha vinculación histórica entre el secreto y los Tratados y las relaciones internacionales, seguir por analogía el parámetro establecido en los arts. 93 y 94 CE en relación con la aprobación de los Tratados Internacionales en lo que para aquellos que suponen un mayor sacrificio de la soberanía (los del art. 93), deben ser aprobados por Ley Orgánica, los que versan sobre determinadas materias (como puedan ser los tratados militares o que afecten a derechos fundamentales- como puedan ser los relacionados con el mantenimiento de la seguridad-) exigen autorización de las Cortes Generales y aquellos de menor enjundia que no se encuentren enumerados en los arts. 93 y 94 CE simplemente requerirán una información inmediata al Congreso y el Senado. De esta manera, la clasificación en “reservado” se podría efectuar con una autorización previa de las Cortes Generales y aquella que se establece en “secreto” requeriría una Ley previa aprobada por las Cortes Generales.

No obstante, se ha resaltado como principales inconvenientes a la opción favorable al Poder Legislativo planteada el hecho evidente de que la clasificación por Ley aprobada en Cortes, tanto a iniciativa de éstas como del Gobierno, supondría inevitablemente su tramitación parlamentaria, con el debate y la publicidad correspondiente, dándose el fenómeno parecido al que se produce con la facilitación de documentos al Juez instructor y la publicidad de los mismos como consecuencia de la exigencia del principio contradictorio que debe imperar en todo proceso. Por otro lado, no sería descabellado pensar que el hecho de tener que tramitar y aprobar una Ley cada vez que se quisiese clasificar una determinada materia, restaría eficacia y dinamismo a dicha actividad, máxime si las circunstancias exigiesen una rápida actuación en aras a

evitar problemas para la seguridad y la defensa. De cualquier forma, ambos obstáculos se podrían sortear fácilmente, haciendo que, por una parte, la tramitación se llevase a cabo bajo alguna especialidad del Reglamento de ambas Cámaras que supusiese el secreto de las actuaciones (por ejemplo con las Comisiones secretas) y, de otra parte, darle mayor celeridad en la tramitación a través de procedimientos especiales previstos por los citados Reglamentos como podría ser la tramitación de los proyectos de Ley en lectura única, votaciones secretas, tramitación por el procedimiento de urgencia, etc., o bien tramitar la Ley bajo la forma de un Decreto Ley en que los plazos se acortan significativamente, siempre y cuando se den las circunstancias mencionadas de extrema y urgente necesidad en la clasificación. Esta última opción no obstante sería cuanto menos discutible bajo el prisma del art. 86.1 CE, si atendemos de nuevo al hecho de que el objeto del mismo podría afectar a un derecho fundamental como es el previsto en el art. 20.1.d) CE u otros que han sido objeto de estudio en la presente tesis.

No hemos olvidado tampoco que la opción planteada también repercutiría indudablemente en el control judicial de los actos clasificatorios. En la hipótesis de que la clasificación se hiciese a través de una norma con rango de Ley (bien a iniciativa de las Cortes, bien a iniciativa del Gobierno), la impugnación de la misma solamente podría venir por la vía del Tribunal Constitucional mediante la cuestión o el recurso de inconstitucionalidad correspondiente. En este caso, el objeto del recurso sería en cierta forma más sencillo, pues parece que el Tribunal ya no tendrían que entrar a analizar el juicio de valor sobre el riesgo acerca de la defensa nacional o la seguridad del Estado, sino simplemente si la “clasificación” se ha previsto o no por Ley, si esa Ley se ajusta al Texto Constitucional o si la clasificación no se ha realizado con la finalidad prevista por el mismo.

Por otra parte, el control de este tipo de “clasificación” por Ley sería en estos casos más difícil para la ciudadanía, pues ésta no estaría legitimada para la interposición del recurso de inconstitucionalidad citado y solo podría impugnar en el caso de que existiese un acto de aplicación de esa Ley por parte del Consejo de Ministros y que éste vulnerara algún derecho que permitiese acudir al amparo judicial o constitucional. No obstante, con la clasificación que se permite en la legislación de secretos oficiales actual por parte del Consejo de Ministros, también será necesario esperar a un acto de aplicación de esa Ley por parte de este último, siendo, tanto en el acto de aplicación de la Ley clasificadora correspondiente como en el de la aplicación de la Ley de Secretos Oficiales, no solo admisible controlar la posible vulneración de un derecho fundamental, sino también el cumplimiento de los actos reglados o las indemnizaciones correspondientes, tal y como establece el art. 2.a) LJCA.

10.- Atendiendo al **elemento subjetivo u orgánico**, sentada la competencia estatal, los actos de clasificación o desclasificación pueden emanar de las Cortes Generales o del Ejecutivo. Dentro del Ejecutivo, los actos procedentes del Consejo de Ministros son actos pertenecientes a la categoría de **actos del Gobierno** y los procedentes de la JUJEM serán actos administrativos. No obstante, respecto a estos últimos, se ha querido dejar constancia de que la JUJEM carece de funciones ejecutivas y que ni siquiera es un órgano existente en la estructura orgánica de la Defensa a día de hoy, pues la propia Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre de la Defensa nacional (que deroga la Ley Orgánica de Defensa Militar y Organización Militar) ni siquiera la menciona y parece “sustituirlo” por el Consejo de Defensa nacional (CDN) al definirlo en su art. 8.1 como el “órgano colegiado coordinador, asesor y consultivo del Presidente del Gobierno en materia de Defensa” y aglutinar entre otros a los Jefes de Estado Mayor en la composición del mismo en el art. 8.5.e) de la citada Ley.

Si bien es cierto que la iniciativa de las Cortes en la clasificación no deja de ser ciertamente política (pues no es más que una expresión de la iniciativa legislativa), dentro de los actos del Gobierno, hemos considerado que se tratan de actos meramente **ejecutivos** o “administrativos”, instrumentales si se quiere, a los efectos de materializar las directrices de la seguridad del Estado y la defensa nacional, ajenos por tanto a los actos puramente políticos o de dirección política. Son meros actos de aplicación del derecho (la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento de desarrollo), si bien con dos características que los hacen especialmente peculiares: que emanan del Gobierno (Consejo de Ministros) y que se realizan en función de conceptos jurídicos indeterminados de amplia interpretación como son la seguridad del Estado y la defensa nacional. No hemos aceptado, por tanto, el argumento de que no exista discrecionalidad en la actuación del Consejo de Ministros. Y ello porque entendemos precisamente que **la discrecionalidad radica en el estudio e interpretación de las circunstancias para discernir si puede existir ese daño o riesgo en conceptos jurídicos indeterminados como la seguridad del Estado o la defensa nacional y no en las consecuencias de esa interpretación que, eso sí, se deben activar de manera automática una vez realizada la previa apreciación de si existe o no la causa que las condicionan a través del correspondiente acto o acuerdo**. No obstante, esa interpretación libre entra dentro de la categoría de actos discrecionales del Gobierno y no políticos o de dirección política, dada además las escasas (por no decir nulas) alusiones expresas en el ordenamiento de competencias directivas en esta materia a favor del Gobierno en su acepción colegiada.

El Gobierno toma por tanto una decisión partiendo de un concepto jurídico indeterminado plasmado en la Ley sectorial correspondiente como es la afectación a la seguridad del Estado o la defensa nacional, a diferencia de otros actos del mismo que sí consideramos plenamente políticos o de dirección política puesto que no tienen ese punto de partida jurídico o reglado, sino que se mueven en la máxima oportunidad como pueda ser el ejercicio de una iniciativa legislativa, la decisión de entrada en un conflicto bélico, la incentivación de determinadas políticas públicas confiriéndoles prioridad sobre otras, o los actos de relaciones entre distintos poderes del Estado, especialmente el Ejecutivo y Legislativo, como puedan ser la disolución de las Cortes o la iniciativa de una cuestión de confianza.

Dicho lo cual, no quiere decir, que una vez tomada la decisión en estos ámbitos no tenga que ceñir su actuación a la legislación correspondiente en lo que respecta a aspectos básicos como el procedimiento o la competencia. Ahora bien, en lo que atañe al planteamiento de la decisión de clasificar o desclasificar no será por tanto aleatorio, fortuito o fruto de una iniciativa “caprichosa” o de máxima oportunidad del Gobierno, sino que se planteará en términos jurídicos por las exigencias de la propia tramitación de los documentos o de solicitudes externas, estando dicha decisión sujeta además a normas jurídicas que van más allá de las meramente competenciales o procedimentales.

11.- Hemos considerado que dentro de la categoría de actos políticos “por naturaleza” o por la materia, los actos puramente políticos o de dirección política se caracterizan o implican una capacidad de impulso originario, de creación y que puede calificarse de política en cuanto innovadora y creadora y no meramente ejecutora. Capacidad de innovación e iniciativa aparecen así como contenido mínimo de la dirección, en contraposición con la ejecución. De otra parte, se confirma que los actos políticos o de Gobierno son aquellas actuaciones del Poder Ejecutivo no reconducibles, empero, a la mera ejecución de las normas legales existentes *a priori*, ni en consecuencia, revisables jurisdiccionalmente a la luz de éstas como único parámetro. Son estas consideraciones las que, eso sí, desde una interpretación muy personal y por tanto opinable, nos llevan a sustentar la tesis de que **la actividad clasificatoria y desclasificatoria del Consejo de Ministros (y por supuesto de la JUJEM) son actos Ejecutivos, singulares o “administrativos” si bien imbuidos de discrecionalidad, ya que tanto en el momento de plantearse la adopción de la decisión como a la hora de plasmarse en distintos actos o acuerdos, ¿puede existir otro parámetro o criterio que no sea el estrictamente predeterminado por la Ley - en este caso la de Secretos Oficiales - ? El Gobierno no podrá por tanto plantearse la clasificación o desclasificación ni clasificar o desclasificar la documentación libremente, según cuestiones de oportunidad, sino en**

función de las obligaciones formales marcadas por la Ley de Secretos Oficiales aunque ésta sea a través de conceptos jurídicamente indeterminados, no cabiendo, por tanto, espacio para la imprevisibilidad, la innovación o la libre iniciativa en la toma de la decisión.

Pero es que además, no consideramos que la mera clasificación o desclasificación de documentos vaya más allá de actos singulares que carecen de la generalidad, la iniciativa, la creación o innovación a la que se aludía como características mínimas que debían imbuir la naturaleza de cualquier acto político, ni siquiera en aquellos supuestos en que el Gobierno, a través de la iniciativa legislativa, decida “calificar” una determinada materia o documentación como secreta a través del correspondiente proyecto de Ley, pues dicha decisión vendrá condicionada por la existencia o no de unas circunstancias predeterminadas legalmente como son los riesgos y amenazas que la publicidad de los mismos pueden suponer en la seguridad del Estado y la defensa nacional. El Gobierno, así, deberá o no clasificar una materia o documentación en consideración de estos parámetros establecidos *a priori* en la Ley de Secretos Oficiales sin que exista esa plena “creatividad”, “innovación” o libre iniciativa que se reconoce a toda actividad política del Gobierno.

Otros argumentos que se han querido utilizar para sustentar esta tesis han sido (aparte de la más evidente por la que, siendo la Constitución el texto político por excelencia de nuestro ordenamiento jurídico, el secreto en su acepción “pública” no aparezca siquiera mencionado de manera directa), la imposibilidad de someter a referéndum la cuestión de clasificar o desclasificar determinados asuntos pues la propia consulta enervaría cualquier intento de mantener en secreto el propio asunto sometido a consulta y, por tanto, no podríamos considerar dicha actividad dentro de las “decisiones políticas de especial trascendencia”, tal y como indica el art. 92.1 CE. Además, la propia legislación trata las cuestiones de clasificación o las materias relacionadas con la misma de forma ajena o distinta a lo estrictamente político, enunciándose algunos artículos esclarecedores al respecto como el 37.5. a) LRJPAC que hace referencia a “la información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo” como categoría distinta a la contemplada en el art. 37.5.b) LRJPAC en alusión a “los expedientes que contengan información sobre la Defensa nacional o la Seguridad del Estado” al tratar de distintas materias excluidas de publicidad y el art. 37.6.a) LRJPAC en el que se hace referencia a los “archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas”; al mismo tiempo, en la regulación en el art. 94.1.b) CE de aquellos Tratados que necesitan autorización de las Cortes Generales cuando invoca “los Tratados de carácter político”, distinguiéndolos de los “Tratados o convenios de

carácter militar” o los “Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título primero”(estos últimos interpretados como aquellos que pueden perfectamente afectar o estar relacionados con la seguridad del Estado); asimismo, se hace alusión al hecho de que a la hora de realizar la desclasificación de documentos, nuestro ordenamiento jurídico prevé que ésta se haga en función de determinadas cláusulas accesorias como las de condición o término (un plazo o un hecho determinante del mismo), propias de la teoría de los actos discrecionales, aunque en este caso no sean aquellos que emanan de la Administración sino del Gobierno; Por último, también se ha constatado, en apoyo de la tesis del acto clasificatorio o desclasificadorio como acto Ejecutivo, la circunstancia propiciada por la reforma del art. 2.b) LJCA de 1956 por el art. 2.a) LJCA de 1998, en la que se suprimen en su consideración de actos políticos del Gobierno los conceptos que puedan justificar el secreto como la “defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, la seguridad del Estado y el mando y la organización militar”.

12.- Los actos del Gobierno de clasificación o desclasificación pueden ser objeto de **control parlamentario** siempre por mor del legalmente reconocido como “acceso permanente” y también por parte del Poder Judicial, aunque en este caso dirigido a la posible vulneración de un derecho fundamental y la investigación de los delitos que se puedan cometer por su posible violación, el control de los actos reglados y las indemnizaciones que puedan corresponder. El control parlamentario en materias propias de clasificación se caracteriza sin embargo frente al judicial por contar con la legitimidad directa de los ciudadanos y ser de oportunidad, reconocerse expresamente, estar limitado y ser colectivo o colegiado (a diferencia del reconocido a Diputados y Senadores a título individual).

Consideramos que la jurisprudencia contraria a cualquier tipo de control judicial de los actos de relación entre el Gobierno y las Cortes puede encontrarse superada por las exigencias del Estado de derecho y la modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. Es evidente que si se siguiera esta jurisprudencia invocada, la única forma de control que podría existir para evitar la inmunidad gubernamental ante una situación ilícita sería la representada precisamente por los mecanismos parlamentarios o electorales que pueden resultar de lo más peregrinos y poco frecuentes. Entre los mecanismos constitucionales de control se citaron algunos como las preguntas e interpelaciones, Comisiones, solicitud de comparecencias de miembros del Gobierno, el acceso a los archivos y registros de las Administraciones Públicas y las autorizaciones al Gobierno. Y es que además el propio Parlamento, a través de la solicitud de información, es el que está intentando controlar al Gobierno, por lo que podríamos llegar

al absurdo de que el mismo órgano debe iniciar un control dirigido a una denegación de control mediante mecanismos parlamentarios poco frecuentes y que incluso podrían resultar desproporcionados (como podría ser la disolución de las Cortes, la moción de censura, etc.). Así, los mecanismos del Poder Legislativo para controlar las materias clasificadas no son suficientemente efectivos no tanto por los defectos de la propia normativa cuanto por la falta de actuación de los propios grupos parlamentarios o por el juego de pactos y concesiones entre ellos.

Resultaría pernicioso admitir, por más relaciones políticas o judicialización de la vida política que se quiera invocar, la ilegalidad *de facto* por parte del Gobierno a la hora de denegar la información a las Cortes de manera injustificada, incongruente o con el simple silencio, pues en ese caso el acceso “permanente” que propugna la Ley de Secretos Oficiales quedaría desvirtuado con la simple decisión unilateral e injustificada del Gobierno de facilitar tal información, deviniendo en este caso la situación más grave incluso que en la situación del Juez, pues a este último al menos le quedaba la posibilidad de invocar la teoría de los actos separables y el control de los actos reglados al amparo del art. 2.a) LJCA, cosa que sin embargo ni siquiera se le permite al Poder Legislativo al que inicialmente se le reconocía en la Ley de Secretos Oficiales una potestad de acceso mayor que al Poder Judicial, ya que no podemos olvidar que invoca un acceso de carácter “permanente”, debiendo ser esa permanencia efectiva y no meramente potencial o simbólica.

Abogamos por tanto, por un control de los elementos reglados de manera que si el Gobierno (no digamos la Administración) denegase la información clasificada sin alegar causa alguna o justificación válida en derecho o bien no se cumpliera con los preceptos de la Ley de Secretos Oficiales, el Reglamento del Congreso o del Senado o de las Resoluciones del Congreso sobre acceso a materias clasificadas, la jurisdicción contencioso –administrativa podría entrar a controlar aunque solo fuese esos elementos reglados. Es cierto que no nos encontramos con actos administrativos que emanan de la Administración Pública (argumento utilizado por alguna sentencia del Tribunal Supremo), pero con independencia de ello, estimamos que el art. 2.a) LJCA, inspirado en otros principios generales imbuidos por la Constitución en artículos como el 9 o el 53, determina definitivamente la posibilidad de que la jurisdicción contencioso – administrativa controle los actos del Gobierno. Y en este caso de facilitación de información a las Cortes, se trataría de un acto del Gobierno por el mero hecho de emanar del mismo y porque se trata de un acto que emana de las relaciones entre los órganos superiores del Estado (Gobierno – Cortes), pero en puridad y atendiendo al fondo de la cuestión, no podemos siquiera atribuirle la condición de un acto político o de dirección caracterizado por la máxima discrecionalidad u oportunidad posible a la

hora de adoptar la decisión. Es precisamente el derecho el que obliga, impone, fuerza y exige al Gobierno a que facilite la información. O el Poder Ejecutivo requerido (bien en su versión administrativa o bien gubernamental) tiene el deber de dar la información o tiene el deber de no darla, sin que quepan situaciones intermedias. Y es que el hecho de que el Gobierno facilite la información no es algo graciable en función de la oportunidad o la conveniencia que estime en darla. De lo contrario el deber reconocido en el Reglamento del Congreso y el acceso permanente reconocido en la Ley de Secretos Oficiales quedaría reducido a papel mojado al socaire del capricho gubernamental (no digamos ya si goza de mayoría parlamentaria).

Otra cosa sería que la denegación del Gobierno viniese motivada por alguna razón fundada en derecho o por la posible vulneración de algún derecho fundamental en caso de que se facilitase la información solicitada. Efectivamente, el art. 44.1º RCD mediante una remisión al art. 7.2 del mismo texto reconoce que las solicitudes de las Comisiones tendrán las mismas limitaciones que las peticiones individuales que no son otras que las “razones fundadas en derecho” (además de la posible vulneración de algún derecho fundamental). Evidentemente, no se podría invocar entre estas razones por parte del Gobierno la propia Ley de Secretos Oficiales alegando que se trata de una materia clasificada, pues es la misma LSO la que reconoce en su art.10.2 al Congreso y al Senado el acceso permanente a cuanta información de este tipo reclamen.

También se podría invocar que Tratados Internacionales con otros Estados u Organizaciones internacionales u otra Ley diferente a la Ley de Secretos Oficiales determinen esa limitación o clasificación (por ejemplo la Ley de utilización y control de los Créditos destinados a Gastos Reservados o de la Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia) pero en ese caso también consideramos extensible la previsión del art. 10.2 LSO. Estimamos difícil encontrar algún supuesto en que por el hecho de la clasificación se pudiera rechazar la solicitud parlamentaria de información, salvo que otra norma con rango de Ley excluyera o limitara de alguna manera y expresamente del conocimiento de las Cámaras y Comisiones dicho tipo de información en un ámbito concreto. En este caso, y a diferencia de lo que ocurría con respecto al Poder Judicial, ya no se podría invocar por el Gobierno el hecho de la clasificación de la materia para no facilitar su información ni el objeto del control sería la adecuación a derecho de la clasificación, sino la motivación de la propia negativa de facilitarla pues el hecho de que esté clasificada o no es en este caso intrascendente. El control, por tanto, se centraría en este caso en la causa o justificación jurídica que diese el Gobierno, que también podría ser considerado como un elemento reglado de la decisión y residenciable en la jurisdicción contencioso – administrativa al amparo del art. 2.a) LJCA, pues una denegación no amparada en derecho vulneraría la obligación de entregar la información

que imponen los arts. 10.2 LSO (acceso “*permanente*”) y el art. 7.2 RCD (al que se remite el art. 44.1º RCD) al disponer imperativamente que se “*deberá* facilitar la documentación solicitada”.

Lo que no cabría en cualquier caso, es la sustitución de los Tribunales por el Parlamento (Diputados y Senadores) en la tarea de control del Gobierno a través de la solicitud de la información al Gobierno a instancia de los Jueces, cuando los órganos judiciales han visto frustrada su solicitud con carácter previo, ni tampoco la intromisión parlamentaria en el ámbito judicial para ejercer un control sobre el Gobierno mediante la interposición por Diputados y Senadores de distintos recursos ajenos a los mecanismos de control tradicionalmente parlamentarios y para los que, en cualquier caso, gozan de dudosa legitimidad.

No queremos cerrar el tema sin realizar algunas reflexiones en torno a las relaciones que se pueden establecer entre poderes con la aparición en escena de nuevo del Poder Judicial, esta vez solicitando la información (que le denegó previamente el Gobierno) al propio Legislativo (al que el Gobierno sí se la concedió). Si el acceso de parlamentarios es permanente y no hay ningún obstáculo *a priori*, el círculo se cierra y el problema vuelve a plantearse con la posible solicitud de información que un Juez haga en una causa concreta, no ya al Gobierno, sino a las Cámaras de la información que detentan o mediante la citación de parlamentarios para que declaren como testigos, volviéndose a plantear las mismas dificultades que cuando el Gobierno era el órgano requerido. Apreciamos entonces que lo que se plantearía en este caso será la ponderación de la obligación de colaboración con la justicia contemplado en el art. 118 CE con la obligación y el deber de sigilo de los Diputados prevista en el art. 16 RCD y que para los miembros del Gobierno o los funcionarios de la Administración venía determinada por su propio Estatuto.

Por último, tampoco hemos querido olvidar al Defensor del Pueblo como Alto Comisionado de las Cortes Generales que es (art. 54 CE) en su función de control, modélico por el reconocimiento que en el art. 22 LODP se hace de su carácter permanente, aunque éste también deviene insuficiente pues no puede entrar a conocer y resolver sobre el fondo del asunto, sino simplemente trasladar quejas y sugerencias a la Comisión Mixta del Congreso y del Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo respecto a la actuación de la Administración cuando sea ésta la que no remita “un documento secreto...que pudiera afectar de manera decisiva a la buena marcha de la investigación”, además de permitir al Consejo de Ministros la denegación de la información solicitada por el Alto Comisionado de las Cortes con una “mera certificación acreditativa del acuerdo denegatorio”. Por otra parte, la Ley Orgánica reguladora de esta figura solo hace referencia al acceso a las

materias clasificadas como “secretas”, pero nada se dice respecto a las reservadas. Se podría entender sin embargo que, ya que en derecho el que puede lo más puede lo menos, es evidente que si reconoce la potestad para acceder a las materias secretas también la tenga para el acceso a las reservadas. En cualquier caso, entendemos que este aspecto sirve también como argumento para apoyar de nuevo la actividad clasificatoria en secreto como competencia de las Cortes, mientras que la de menor importancia como es la reservada se contemple para el Ejecutivo.

13.- Hemos considerado que el **control judicial** de los actos clasificatorios y desclasificatorios es posible, deseable y propio de un Estado democrático y de derecho por distintas razones que exponemos a continuación:

- El límite en cuanto al acceso previsto en el art. 105.b) CE se dirige a los ciudadanos concebidos como aquellos sujetos que tienen una relación normal con las autoridades públicas, pero no se extiende a los miembros de esas Instituciones o autoridades públicas que, a pesar de su innegable condición de ciudadanos, gozan sin embargo de un estatus especial y de unas prerrogativas. Ciudadanos, en suma, con un estatuto jurídico especial que merece también un tratamiento especial y diferenciado (otorgado por el Título VI de la Constitución y las Leyes que regulan su organización y funcionamiento específicos). Es por ello, por lo que podríamos entender que el límite de la seguridad y defensa del Estado plasmado en el art. 105.b) CE no sería plenamente oponible ante los integrantes del Poder Judicial.

- De otra parte, los conceptos de seguridad y defensa del Estado, entendidos formalmente, no dejan de ser meros principios de actuación del Ejecutivo reconocidos en el Título IV CE dedicado al Gobierno y la Administración, mientras que los derechos fundamentales del Título I parece que gozarían de una mayor jerarquía en caso de conflicto por su carácter universal frente a aquéllos. A pesar de la existencia de teorías que postulan la no existencia de jerarquía entre principios y derechos constitucionales y que en caso de conflicto entre ellos se debía “optimizar” el mismo de manera que no se viera sacrificado ninguno de ellos, sin embargo, hemos entendido que, si desde un punto de vista dogmático esto es conveniente e incluso deseable, en los conflictos esta opción es muy difícil sin al menos decantarse por alguno de ellos con carácter prioritario. Por ello, entendemos que habrá que considerar que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado.

- Entendemos por ello, que se hace también imprescindible el control de la justificación o motivación de que un acto del Gobierno de clasificación o no desclasificación se produzca porque la publicidad del asunto *afecte real y directamente* a la seguridad o la defensa y que estos valores no sirvan de elementos encubridores de actitudes injustificables en un Estado de derecho. O cuanto menos, se ha aportado la alternativa de que la existencia del daño efectivo, real y grave sea exigible respecto a la defensa como actuación reactiva, mientras que el riesgo quedaría circunscrito al ámbito de la seguridad como actividad preventiva. La interpretación judicial de la seguridad y la defensa y su posible puesta en riesgo que se deba hacer en aras del citado control no hará más que redundar en la seguridad jurídica y en un enriquecimiento de la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados, evitando el monopolio interpretativo de los mismos por parte del Gobierno, no teniendo la discrepancia interpretativa mayores consecuencias que la posible invitación judicial al Gobierno para que se produzca el replanteamiento y la nueva motivación en la decisión clasificatoria o desclasificatoria.

- El Estado democrático implica participación en los asuntos públicos para mantener una población informada que ampare el espíritu crítico de la ciudadanía y el Estado de derecho permite la fiscalización de los actos del Gobierno (tanto políticos o de dirección política como meramente ejecutivos) que son precisamente los que más control deben sufrir, considerando que éstos proceden de la clase política y de los ámbitos en los que ésta se ve en muchas ocasiones forzada a actuar, propiciatorios de suyo para provocar la actuación en favor de la consecución y el mantenimiento del poder a cualquier precio y a las prácticas corruptas y a cuyos integrantes es imprescindible en estos casos que se les exijan verdaderamente responsabilidades judiciales, pues es en este foro donde, en principio, se verán desprovistos de los clásicos mecanismos de protección del “partido” y sus integrantes.

- La inocuidad de los mecanismos de control de carácter político o parlamentario, que no dejan de ser técnicas endogámicas que, por su misma naturaleza, no llegan casi nunca a buen fin, aunque solo sea por un sentido corporativista entre parlamentarios y porque, al fin y al cabo, todos ellos tienen siempre algo que interesa ocultar. El prestigio del país aumentaría precisamente en aquellos casos en que se destaparan secretos que no se corresponden con su verdadero fin. Somos de la opinión de que la presunción de bondad gubernamental *iuris et de iure* que depara su falta de control judicial debe realizarse en sentido justamente contrario. Así, los controles más comúnmente utilizados son prácticamente estériles (Comisiones de investigación, preguntas, interpelaciones, etc.) sin mayores consecuencias en cuanto a la exigencia de una verdadera responsabilidad o, en otras ocasiones, desproporcionadas y escasas (como pueda ser la moción de censura). De

otra parte, no parece soportable ni admisible el tener que transigir con las prácticas irregulares o calamitosas de un Gobierno hasta nuevas elecciones para exigir las responsabilidades oportunas, sobre todo si el Gobierno es de reciente creación, debiendo agotarse toda la legislatura si el mismo Gobierno no decide antes la convocatoria de nuevas elecciones y especialmente porque las “únicas” consecuencias para los políticos salientes será, como mal mayor, el de pasar al banquillo de la oposición, en tanto en cuanto que comprobamos a diario como las consecuencias para cualquier ciudadano de a pie en la comisión de ilícitos semejantes sí que tiene una réplica inmediata y contundente por parte de la justicia, sin que además, gocen de los privilegios e inmunidades tal y como lo hacen los miembros del Gobierno como miembros a su vez de la Cámara correspondiente.

Los intereses defendidos por el Parlamento no son los mismos que a nivel judicial, ni tampoco la forma de razonar ni el sustento de las decisiones son las mismas. Si en el primero, los fines son esencialmente políticos, en el segundo los razonamientos y conclusiones se deben regir por la aplicación única y exclusiva de la Ley. Y es evidente, que el ámbito de lo político puede estar sometido a intereses diversos al de la estricta legalidad. No es por otra cosa por lo que a sus integrantes no se les exige –ni presume- la independencia propia de los miembros del Poder Judicial.

De otra parte, se hace palmario el hecho de que será siempre la mayoría parlamentaria la que adopte la última decisión (también en las de control), siendo ésta la que sustenta al Gobierno, que es precisamente el que ha decidido clasificar o no una materia o no desclasificarla, por lo que él mismo se convierte en Juez y parte en el asunto, siendo difícil, por no decir imposible, que vaya a autorizar una iniciativa de este tipo si puede salir perjudicado.

- Asimismo, hemos invocado de forma reiterada el art. 2.a) LJCA y 7 y 58 LOPJ, que establecen imperativamente que la jurisdicción contencioso administrativa (Sala de lo contencioso-administrativa del Tribunal Supremo) conocerá de los actos del Gobierno *cualquiera que sea su naturaleza* siempre que se haga bajo unas determinadas condiciones. Encontramos por tanto una aparente contradicción entre este último artículo y la exigencia de autorización previa necesaria para el acceso que establece el 11.2 LSO, puesto que si la LJCA establece que “conocerán”, quiere decir que lo harán siempre aunque dentro de los límites materiales que establece (que ese control se extienda sobre los actos reglados, la posible vulneración de los derechos fundamentales y las indemnizaciones que correspondan en su caso).

- Entendemos derogada, por la entrada en vigor de Leyes posteriores a la Ley de Secretos Oficiales, la exigencia de

desclasificación previa del Consejo de Ministros para que los Jueces pueden acceder a la documentación clasificada en aquellos casos en que se necesita controlar el cumplimiento de los actos reglados de los actos del Gobierno, la posible violación de un derecho fundamental y la posible comisión de los delitos derivados de la misma o la revisión de las indemnizaciones, pues de lo contrario, la decisión de no desclasificar la documentación por parte del Consejo de Ministros impediría simple y llanamente algo que exigen unas Leyes posteriores como la LJCA o la LOPJ en sus artículos 2.a), 7 y 58 respectivamente. La primera deroga a la Ley de Secretos Oficiales en función del principio temporal por el cual las normas posteriores derogan a las de mismo rango que se hayan dictado anteriormente y lo hace mediante disposición derogatoria expresa por la cual se derogan todas aquellas Leyes en lo que se opongan a la misma. La segunda, por tratarse de una Ley Orgánica, sería aplicable el principio de jerarquía normativa por el que podemos considerar la derogación tácita del artículo 11.2 de la LSO como consecuencia del rango superior de la Ley Orgánica (del Poder Judicial) sobre la Ley ordinaria (de Secretos Oficiales). Asimismo, hemos interpretado, junto a cierto sector de la doctrina, que el Juez no desclasifica si la clasificación es ilegal o si la reserva procede de una calificación de secreto por Ley en cuyo caso, no existe previa clasificación formal por la autoridad competente, sino un simple acto de “calificación” por Ley.

En cualquier caso, para salvar el impedimento en cuanto a las formalidades o requisitos exigidos por la Ley de Secretos Oficiales (concesión de autorización por parte del Consejo de Ministros o JUJEM), solamente se nos ocurre, con la regulación actual, recurrir de nuevo a lo argumentado hasta ahora de la inaplicabilidad del art. 105.b) CE a los miembros del Poder Judicial como ciudadanos con condición de autoridad pública que merece un tratamiento especial y diferenciado (otorgado por el Título VI de la Constitución y las Leyes que regulan su organización y funcionamiento específicos).

- Además, se ha postulado también en favor del control judicial el hecho de que no se produce indefensión ni violación del principio contradictorio que debe regir todo proceso en caso de que los documentos solicitados que han sido objeto de clasificación sean finalmente aportados al mismo, pues, según el órgano competente que creemos que debe conocer de estos asuntos, los documentos no se han incorporado formalmente todavía al proceso del que traen causa y lo único que han hecho ha sido pasar a una fase previa donde un Juez diferente al instructor del proceso en el que se ha solicitado la prueba, estima si los documentos son relevantes constitucionalmente a efectos de prueba y si su clasificación se ha hecho efectivamente atendiendo a criterios de la seguridad del Estado o la defensa nacional, solicitando al Gobierno que entregue la documentación al Juez instructor si considera

finalmente que existe esa relevancia y que la clasificación se ha realizado en función de fines diferentes a la protección de la seguridad del Estado y la defensa nacional.

- Asimismo, se ha tenido en cuenta la excepcionalidad que supone para los ciudadanos la vía de amparo constitucional en caso de vulneración de sus derechos fundamentales, que además, para hacer frente a los actos del Ejecutivo, exige el agotamiento de la vía judicial previa, tal y como dispone el art. 43.1 LOTC. Por ello, pensamos que la vía judicial ordinaria como forma de control no solamente se configura como una vía deseable y necesaria en un Estado de derecho, sino como llave a otras posibles formas de control.

- Por otra parte, está plenamente admitido que a día de hoy la responsabilidad del Gobierno no es solo política o parlamentaria (ex. Arts. 64, 98.2 y 108. CE), penal (ex. Art. 102 CE) o constitucional, sino que también es de carácter “administrativa” (ex. Art.- 2.a) LJCA), económica (ex. Art. 136 CE) o patrimonial (ex. Art. 106.2 CE). Es esa responsabilidad administrativa la que permitirá el control de los actos reglados y la posible vulneración de los derechos fundamentales, en cuanto que las de carácter económico o patrimonial sustentarán la exigencia de las indemnizaciones oportunas por los posibles daños infligidos por una actuación negligente o ilícita.

- La infracción del principio de separación de poderes, entendida al revés que la postura mayoritaria de la doctrina que considera que la posibilidad del control judicial provoca a su vez que la clasificación o desclasificación se atribuya a los Jueces y no al Gobierno en una “judicialización” de la actividad política. Sin embargo, el que estimamos sustituido es al propio Poder Judicial por el Gobierno en el ejercicio de tareas propias de aquél, pues con la clasificación o no desclasificación incontrolada se está presumiendo *iuris et de iure* la legalidad *de facto* de sus decisiones, impidiendo verificar si los documentos clasificados afectan o no a la seguridad del Estado o la defensa nacional y, por tanto, condicionando cuándo su revelación es constitutiva de delito o infracción administrativa.

Con todas estas razones expuestas, rechazamos que la clasificación de un documento suponga automáticamente su exención de cualquier control judicial ni que éste necesite una previa desclasificación para el mismo o que por esa misma causa, no se pueda entrar a valorar si una materia afecta o no a la seguridad del Estado o la defensa nacional. Sin embargo, sí se ha querido matizar que su sometimiento al control judicial no supone unas potestades judiciales ilimitadas, debiendo constreñirse su actuación al ámbito estricto que marca la LJCA en su artículo 2.a). El control así, se dirige a discernir sobre el cumplimiento de los aspectos reglados del acto como puedan ser la motivación de la

clasificación o no desclasificación en función de la interpretación de los conceptos jurídicamente indeterminados o judicialmente asequibles de la seguridad del Estado o la defensa nacional, sobre si la clasificación o no desclasificación suponen una forma de encubrimiento de actividades ilegales del Gobierno o violaciones de derechos fundamentales, al amparo de los artículos 24 y 53.1 CE, además de ponderar (juicio de relevancia) si los documentos clasificados son prueba de cargo imprescindible y jurídicamente relevantes para demostrar la actividad delictiva del Gobierno de forma que su no desclasificación, en el caso de que se considere necesaria, suponga la indefensión del denunciante y la impunidad del Gobierno. En suma, si la defensa de los derechos fundamentales predominan o no sobre la seguridad del Estado y la defensa nacional.

Otra cosa sea qué órgano es competente para dicha ponderación, además de la prohibición de que el Poder Judicial sustituya al Gobierno o la JUJEM, clasificando o desclasificando documentación u ordenando la misma a aquellos. Hemos constatado que el control judicial, en lo que respecta a sus sentencias, podrá proceder a anular las decisiones clasificatorias o desclasificadoras pero no sustituir las decisiones en ese sentido, que corresponderán al propio Gobierno, salvo en algunos supuestos en que ello sea necesario como consecuencia de la estimación de un recurso constitucional o Judicial de amparo y requisito indispensable para el restablecimiento de algún derecho fundamental vulnerado.

El control judicial ya no es, por tanto, una cuestión que pueda plantearse desde la admisibilidad del recurso, que de sobra es aceptada unánimemente por la doctrina al amparo de la proscripción de la indefensión, sino más bien hasta dónde puede llegar el mismo, dependiendo este extremo de las competencias de la Sala o jurisdicción que conozca del asunto (TC, TS, TCJ, Tribunal penal de instrucción, etc.) y sin que en ningún caso, como ya se ha dicho, el Poder Judicial pueda sustituir al Ejecutivo en la decisión de clasificar o desclasificar una materia. No podrá ordenarle que proceda en ese sentido aunque sí anular dicha decisión y devolver la misma, en su caso, para que reconsidere y motive de nuevo la clasificación en función de cuestiones de legalidad o preminencia de derechos fundamentales.

14.- Al igual que hemos puesto de manifiesto la falta de una Comisión de Investigación especializada en materia de secretos de Estado, también es necesario destacar esta laguna respecto a la existencia de un **órgano jurisdiccional con estas competencias**. Para su posible solución desde un punto de vista colegiado, se ha propuesto que el Gobierno del propio Tribunal Supremo, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el art. 152 LOPJ, podría ampliar la estructura de alguna de las Salas incluyendo nuevas Secciones dentro de

cada Sala o una Sección en la Sala de lo contencioso – administrativo que se especializase en materia de secretos de Estado. Asimismo, también se podría proceder a la reforma de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, introduciendo una nueva Sala que conociese de estas materias (tal y como se ha hecho mediante las Leyes Orgánicas 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General) o bien optar por la solución unipersonal mediante la creación de un nuevo magistrado de la Sala Segunda de lo Penal o Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo según sea competente y elegido por el propio Tribunal Supremo (tal y como hizo en su día la Ley Orgánica 2/2002, reguladora del control Judicial previo del CNI). El **control judicial** no podrá obviamente entrar en la valoración de la oportunidad o necesidad de una decisión política, pero sí que podrá extender su jurisdicción sobre aquellos actos en que se plasme la decisión (Decretos, Actas, expedientes clasificatorios o desclasificatorios, etc.), no solo a través del control de los actos reglados clásicos (procedimiento, competencia), sino también a través del control de extremos como la motivación, la finalidad, la desviación de poder, la proporcionalidad, la razonabilidad de la decisión, etc. al igual que ocurre con la actividad discrecional surgida en este caso de otro ámbito del Ejecutivo, como es el de la Administración. Solo de esta manera evitaremos que la renacentista “razón de Estado” impere de nuevo sobre el estado de la razón.

BIBLIOGRAFÍA

ABA CATOIRA, A.: “El secreto de Estado y los Servicios de Inteligencia”, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol, nº 38/39, Valencia, 2002.

AGUIAR de LUQUE, L.: “Los límites de los derechos fundamentales”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm. 14 (enero – abril, 1993).

ALONSO GARCÍA, E.: “La interpretación de la Constitución”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ÁLVAREZ CONDE, E.: “La necesidad de una reforma: Los secretos de Estado tras las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997”, en Acceso Judicial a la obtención de datos, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1998.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: “Secreto ¿de qué clase de Estado?, Diario “El País”, 7 de septiembre de 1996.

BACIGALUPO SAGESSE, M.:

-“La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control Judicial y límites constitucionales de su atribución)”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

-“El control judicial de los actos del Gobierno por los que se acuerda clasificar o no desclasificar secretos oficiales (a propósito de las Sentencias del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997)”, Boletín Oficial de Derecho, núm. 13, 1998.

BALBÍN, C.F.: “El control de los actos políticos” en AA.VV., “Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad”, Madrid, 1991.

BELTRÁN DE FELIPE, M.: “Discrecionalidad administrativa y Constitución”, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

CANO BUESO, J.: “Información parlamentaria y secretos oficiales”, en Revista de las Cortes Generales, núm. 42, 1997.

CARRILLO, M.: “Los límites de la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978”, PPU, 1978.

CLAVERO SALVADOR, B.: “Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

COBREROS MENDAZONA, E.:

- “El «status» parlamentario como derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 de la Constitución”, “Estudios Sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría”, Ed. Cívitas, 1991, Vol. III.
- “Actos políticos y jurisdicción contencioso – administrativa”, en AA.VV., “El acto y el procedimiento”, Ed. Marcial Pons, Madrid 1993.

COUSIDO GONZÁLEZ, M^º. P.: “Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento”, Ed. Bosch, 1999.

DE GABRIEL, J.A.: “La formación del Estado moderno” en “Manual de Ciencia Política”(DEL AGUILA TEJERINA, R.), Ed. Trotta, Madrid, 1997, 2000.

De OTTO y PARDO, I.: “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTÍN RETORTILLO. L. y De OTTO Y PARDO, I.: “Derechos Fundamentales y Constitución”, Madrid, Ed. Cívitas, 1988.

DEL ÁGUILA TEJERINA, R.: “Dilemas y secretos del secreto de Estado”, en Claves de la Razón Práctica, nº 83, junio 1998,

DÍEZ – PICAZO, L.M.:

- “La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno”, Cuadernos y Debates, serie Minor, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- “Sobre secretos oficiales”, Ed. Cívitas, 1998.
- “El secreto de Estado en el proceso penal. A propósito de la sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de 14 de diciembre de 1995”, en La Ley, año XVII, nº. 3.952, de 15 de enero, 1996.
- “Publicidad y secreto en la Constitución”, “Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado”, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 25, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997.
- “Secretos oficiales: dos nuevas propuestas” en el Diario “El País”, 18 de octubre de 1996.

DÍEZ SÁNCHEZ, J.J.: “Razones de Estado y derecho”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

EMBED IRUJO, A.:

- “El ciudadano y la administración”, Madrid, INAP, 1994.
- “La justiciabilidad de los actos de Gobierno (de los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)”, en “Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría”, Ed. Cívitas, 1991.
- “Actos políticos del Gobierno y actos políticos de las Cámaras Parlamentarias. Reflexiones en torno a su control por la jurisdicción contencioso administrativa”, Revista de las Cortes Generales, nº. 13, 1998.

FELIU ORTEGA, L.: “Las misiones de las fuerzas armadas en el exterior”, Ed. Foro de la sociedad civil, nº. 3, octubre 2010.

FERNÁNDEZ ALLÉS, J.J.: “Los secretos de Estado en España: Jurisprudencia y teoría constitucional (I)”, Diario La Ley, núm. 4762, 1999, Tomo II, D-82.

FERNÁNDEZ CARNICERO, C.J.: “Comentarios a la Ley del Gobierno”, Ed. INAP, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ RAMOS, S.: “El derecho de acceso a los documentos administrativos”, Marcial Pons, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R.: “De la arbitrariedad de la Administración”, Ed. Cívitas, 1997.

GALLEGO ANABITARTE, A.: “Constitución y personalidad jurídica del Estado”. Ed. Tecnos, 1995.

GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A.:

- “Artículo 97: Funciones del Gobierno”, en OSCAR ALZAGA VILLAAMIL (director): Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo VIII. Artículos 97 a 112, EDESA, Madrid, 1998.
- “Acto y procedimiento administrativo”, Ed. Marcial Pons, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.:

- “Democracia, Jueces y control de la Administración”, Ed. Cívitas, Madrid, 1995.
- “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: (poderes discrecionales, poderes de Gobierno, poderes normativos)”, Ed. Cívitas, 2004.

GARCÍA HERRERA, M. A.: “Estado democrático y libertad de expresión”, II, Revista Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº.65, 1982.

GARCÍA LLOVET, E.: “Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: (a propósito de la STC 45/1990, de 15 de marzo)”, Revista Española de Derecho Constitucional”, núm. 36, septiembre-diciembre 1992.

GARCÍA MAHAMUT, R.: “La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución”, Ed. Tecnos, Madrid, 2000.

GARCÍA TREVIJANO, E.: “Materias clasificadas y control parlamentario”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 16, núm. 48. Septiembre-diciembre 1996.

GARRIDO CUENCA, N.:

-“El acto de Gobierno”, Ed. Cedecs, Barcelona, 1998.

-“Episodio judicial de la desclasificación de los papeles del Cesid. Las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997. Paradojas y paralogismos de un conflicto entre la función del Gobierno y el derecho a la tutela Judicial efectiva”, Revista de Administración Pública, núm. 143, mayo-agosto 1997.

GOBERNA FALQUE, J.R.: “La cultura de la inteligencia y la historia contemporánea de España: Problemas actuales y perspectivas de futuro”, en EMPIRIA, Revista de Metodología de Ciencia Sociales, nº 11, enero-junio, 2006, pp. 93-106

GÓMEZ REINO Y CARNOTA, E.: “El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales”. Ed. Cívitas. Revista Española de Derecho Administrativo, enero – marzo 1976.

GONZÁLEZ SALINAS, P.: “Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno”, Revista Española de Derecho Administrativo”, Cívitas, nº 79, 1993, págs. 493 a 596.

HESSE, K.: “Escritos de derecho constitucional”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

HOBBS, T.: “Leviatán o la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil”, Alianza Editorial, 2001

JORDANO FRAGA, J.: “¿Jaque mate al acto político?”, Revista Española de Derecho Administrativo, núm.95, 1997.

LÓPEZ GUERRA, L.:

- “Funciones del Gobierno y dirección política”, Documentación Administrativa, nº. 125, julio – septiembre 1998.
- “El Gobierno y su regulación: enfoques positivos y negativos”, Revista de Administración Pública, núm. 70, enero –abril 2004.
- “Sobre la personalidad jurídica del Estado”, Revista del Departamento de Derecho Político, nº 6, 1980.

LÓPEZ MENUDO, F.: “Discrecionalidad administrativa y control Judicial”, Ed. Cívitas, Madrid, 1996.

LOZANO CUTANDA, B.: “La desclasificación de los secretos de Estado”, Ed. Cívitas, 1988.

MELERO ALONSO, E.: “El secreto oficial en las ventas de armas. Un supuesto de aplicación ilegal de la Ley sobre Secretos Oficiales”. Revista de Administración Publica, núm. 152, mayo – agosto 2000.

MIR PUIGPELAT, O.: “Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo”, Ed. Cívitas, 2004.

MORALES GARCÍA, O.: “Secretos oficiales y conflicto de competencias. Breves reflexiones en torno a la sentencia de conflictos jurisdiccionales, de 14 de diciembre de 1995”, Cuadernos Jurídicos, nº 40.

MOVILLA ÁLVAREZ, C.: “El secreto de Estado entre el control y el privilegio”, Jueces para la Democracia, nº 25, marzo 1996.

NIETO, A.: “Balada de la justicia y la ley”, Ed. Trotta, 2002.

OTERO GONZÁLEZ, M^a.P.: “La revelación del secreto de Estado en los procesos penales”, Ed. Tirant lo Blanch, 1999.

PÉREZ LUÑO, A.E.: “La seguridad jurídica”, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1991.

PEREZ ROYO, J.: “Por qué no”, Diario “El País”, abril 1997.

PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, N.: “Investigación judicial y secreto parlamentario”, “Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado”, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 25, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997.

PÉREZ VILLALOBOS, M^a. C.: “Derechos fundamentales y Servicios de Inteligencia”, Ed. Grupo Editorial Universitario, 2002.

POMED SÁNCHEZ, L.A.: “El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”, INAP, Madrid, 1989, p. 222.

QUERALT, J.: “Seguridad sin democracia”, Diario “El País”, 20 de agosto de 2012.

RAMS RAMOS, L.: “El derecho de acceso a archivos y registros administrativos”, Ed. Reus, Madrid, 2008.

REBOLLO VARGAS, R.: “Los límites del secreto de Estado. Sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, de 14 de diciembre de 1995”, Cuadernos Jurídicos, núm. 40.

REMIRO BROTONS, A.:

- “La acción exterior del Estado”, Ed. Tecnos, 1984.

- “Política exterior de defensa y control parlamentario”, en Cuadernos y Debates, nº. 11, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988.

REVENGA SÁNCHEZ, M.:

- “Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado”, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 25, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997.

- “El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano”, ed. Ariel, S.A., Barcelona, 1995.

- “Servicios de Inteligencia. La ley imprescindible”, CLAVES DE LA RAZÓN PRÁCTICA, núm. 110, marzo de 2001.

REVENGA SÁNCHEZ, M. y DÍAZ FERNÁNDEZ, A.: “¿Servicios de Inteligencia autonómicos?”, CLAVES DE LA RAZÓN PRÁCTICA, núm. 198, diciembre 2009.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.M.: “Acto político y control jurisdiccional”, Actualidad Administrativa, nº 5, 1996.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: “Derecho penal español. Parte especial”, Madrid, 1993, pp.559-560.

RUBIO LLORENTE, F.: “Ídolos Judiciales”, Diario “El País”, de 30 de marzo de 1997.

RUIZ MIGUEL, C.: “Servicios de Inteligencia y seguridad del Estado constitucional”, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

SAINZ MORENO, F.:

-“Secreto e información en el derecho público”, en “Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría”, Ed. Cívitas, 1991.

-“Actos parlamentarios y jurisdicción contencioso- administrativa”, Revista de Administración Pública, núm. 115, enero-abril, 1998.

SÁNCHEZ FERRO, S.: “El secreto de Estado”, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

SAIZ ARNAIZ, A.: “Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de Administración Pública, núm. 134, mayo-agosto 1994.

SÁNCHEZ MORÓN, M.:

-“ Caso único”, Diario “El País”, agosto 2010.

-“Discrecionalidad administrativa y control Judicial”, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

-“Actos políticos”, Diario “El País”, 7 de enero de 1997.

- “Los Secretos oficiales y su control”, Diario “El País”, 25 de agosto de 1996.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: “Sobre derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 5. Núm. 15, septiembre-diciembre 1985.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: “Actos políticos, inteligencia nacional y Estado de derecho”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 22, núm. 65, mayo – agosto, 2002.

SANTAOLAYA MACHETTI, P.: “El secreto de Estado en el proceso penal; la experiencia en derecho comparado” en Poder Judicial, nº. 40, octubre-diciembre 1995.

SEGRELLES DE ARENAZA, I.: “El secreto de Estado ilegal: Aspectos básicos”, Cuadernos de Política Criminal, núm.62, 1997.

SUNT TZU: “El arte de la guerra”, José J. de Olañeta, Editor, 2005.

VILLAYERDE MENÉNDEZ, I.: “Los derechos del público”, Madrid, Tecnos, 1995.

VIVES ANTÓN, T.S.: “Derecho penal. Parte especial”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

TEROL BECERRA, M.:

- “Las grandes decisiones del TEDH”, Ed. Tirant lo Blanch, 2005”.
- “Reformas estatutarias y proyección exterior de las Comunidades Autónomas”, Ed. Tirant Lo Blanch, Colección Instituto Andaluz de Administración Pública, 1ª edición, 2009.

TORRES VENTOSA, J.J.: “La regulación legal de los secretos oficiales”, Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura), nº .16, 1998, pp. 357-388.

TRUJILLO, G.: “La constitucionalidad de las leyes y reglamentos en el derecho español. Una interpretación sistemática del recurso de contrafuero, en dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes”, La Laguna, 1970, págs. 81 y ss.

URÍAS, J.: “Lecciones de derecho de la información”, Ed. Tecnos, Madrid, 2003.

WILKINSON MORERA DE LA VALL, H.: “Secretos de Estado y Estado de derecho: Régimen jurídico de los secretos oficiales en España”, Ed. Atelier, 2007.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA ANALIZADA

TRIBUNAL SUPREMO

STS. 29 de enero de 1982
STS. 6 de noviembre de 1984
STS. 9 de marzo de 1985
STS. 9 de junio de 1987
STS. 30 de julio de 1987
STS. 17 de junio de 1989
STS. 25 de octubre de 1990
STS. 14 de julio de 1991
STS. 12 de marzo de 1992
STS. 1 de diciembre de 1993
STS. 2 de marzo de 1994
ATS. 20 de febrero de 1995
STS. 4 de abril de 1997
ATS. 9 de marzo de 1998
STS. 15 de noviembre de 1998
STS. 7 de octubre de 2011
STS. 20 febrero de 2013

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC. 8 de abril de 1981
STC. 22/1981
STC. 6/1981
STC. 12/1982
STC. 29/1982, de 31 de mayo
STC. 30/1982
STC. 33/1982, de 2 de junio
STC. 36/1982
STC. 62/1982
STC. 81/1982
STC. 6/1983, de 4 de febrero
STC. 36/1983
STC. 90/1983
STC. 111/1983, de 2 de diciembre
STC. 116/1983
STC. 22/1984
STC. 50/1984, de 14 de junio
STC. 110/1984

STC. 51/1985
STC. 52/1985
STC. 53/1985
STC. 60/1986
STC. 118/1988
STC. 133/1988
STC. 161/1988
STC. 176/1988, de 4 de octubre
STC. 104/1989, de 4 de junio
STC. 85/1990
STC. 85/1990
STC. 220/1991
STC. 341/1993, de 18 de noviembre
STC. 7/1994
STC. 31/1996, de 27 de febrero
STC. 199/1996, de 3 de diciembre
STC. 89/1997, de 1 de julio
STC. 41/1997, de 10 de marzo
ATC. 9 de marzo de 1998
STC. 133/1998
STC. 175/1999, de 30 de setiembre
STC. 235/2001, de 13 de diciembre

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH. de 26 de marzo de 1986 en el caso *Leander contra Suecia*.
STEDH. de 8 de diciembre de 1983 en el caso *Pretto y otros contra Italia*.
STEDH. de 26 de noviembre de 1991 en el caso *The Sunday Times, The Observer y The Guardian contra Reino Unido*.
STEDH. de 16 de agosto de 2009 en el caso *Kennedy contra Hungría*.
STEDH. de 15 noviembre de 1996 en el caso *Chahal contra Reino Unido*.
STEDH. de 6 de septiembre de 1978 en el caso *Klass y otros contra la República Federal de Alemania*.